

# مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961/71053262 - www.jilrc-magazines.com - law@jilrc-magazines.com

العدد السابع - أكتوبر 2016





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ISSN 2414-7931

المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

رئيس اللجنة العلمية:

د. عاقل فصيحة، جامعة باتنة، الجزائر

أسرة التحرير:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

د. درسي امينة جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس (الجزائر)

د. سفيان سوايم جامعة محمد الشريف مساعدي - سوق أهراس (الجزائر)

د. عدنان خلف حميد البدراني رئيس فرع العلاقات الدولية بجامعة الموصل (العراق)

الباحث علي قتات كلية الحقوق بصفاقس (تونس)

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

أ.م.د. احمد محمد المومني جامعة عمان العربية، الاردن

د. حميدي فاطيمة، جامعة مستغانم، الجزائر.

د. حنان ميساوي، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر

د. علي عبد الحميد تركي ، جاوعة الشارقة، الإمارات.

د. لعمامري عصاد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

التدقيق اللغوي:

د. شامخة حفيظة طعام المركز الجامعي، تيسمسيلت (الجزائر)

د. مسيكة السنوسي جامعة ورقلة (الجزائر)

أ. سماح بن خروف، جامعة البشير الإبراهيمي ، برج بوعريج (الجزائر)

أ. لوبيزة حوفا، جامعة محمد بوضياف المسيلة (الجزائر)

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية : "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه الدورية العلمية تكريسا لحرص المركز على تشجيع الأبحاث و الجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

## قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:

### بالنسبة للمقالات:

- تنشر المجلة المقالات التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المقالات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وأن لا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وأن لا يتعدى حجم العمل 20 صفحة مع احتساب هوامش، مصادر و ملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث و آخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

### بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من و إلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية أو الألمانية.
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقالة.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي و اتخاذ القرار في غضون أسبوع من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

#### شروط النشر:

- شكل الكتابة : باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمشن معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

#### نموذج التمهيش:

١. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب و اسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
  ٢. النصوص التشريعية : البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
  ٣. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
  ٤. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة ، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
  ٥. التقارير الرسمية : جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير ، صفحة الاقتباس.
  ٦. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
٧. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

[law@jilrc-magazines.com](mailto:law@jilrc-magazines.com)

## الفهرس

### الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • الآثار القانونية الناجمة عن التشدد في نظام التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي ( دور الحوادث الطبية في تسريع إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني نموذجاً) د. ياسر عبد الحميد الافتيحات، جامعة الغرير/دبي، الامارات العربية المتحدة.
- 33 • الحقوق والحريات والواجبات في ظل التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 د. سلطاني ليلة فاطمية، جامعة الجيلالي ليايس بسيدي بلعباس، الجزائر.
- 43 • تحدي القضاء الجنائي الدولي الدائم للسيادة، بوزيد سراغني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر.
- 55 • القواعد الوقائية المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر، سميرة بليدي جامعة جيلالي ليايس بسيدي بلعباس، الجزائر.
- 73 • حدود فعالية الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر البيئي، أ. بن قردي أمين، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم- الجزائر.
- 81 • حق الشريك في الاطلاع على الوثائق والدفاتر في شركة التضامن، شريفي محمد، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم- الجزائر.
- 97 • مسؤولية الناقل عن المرحلة التمهيديّة لتنفيذ عقد نقل الحاويات بحرا ، بور طال أمينة، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، الجزائر.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016



## الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضله تتم الصالحات

تواصل مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة بنشر مقالات متخصصة في القانون العام والخاص، ولقد اخترنا لكم في هذا العدد السابع مواضيع هامة جدا أثارت اشكاليات دقيقة مع اقتراح حلول لها من خلال توصيات الباحثين.

فتناول المقال الأول الآثار القانونية الناجمة عن التشدد في نظام التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي واسقطاته على التشريعات الإماراتية، مسلطا الضوء على أهمية التأمين لتجنب حالة عدم تحقق المسؤولية على شخص معين أو في حالة عدم قدرة الشخص المسؤول عن دفع التعويض المقدر لجبر الضرر، سيما لما يتعلق الأمر بالحوادث الطبية.

أما المقال الثاني فلقد حلل مواد الدستور الجزائري المعدل مؤخرا بعام 2016 فيما يتعلق بالحقوق والحريات وكذا الواجبات مقارنة بالدساتير السابقة، متوقفا عند أهم الأهداف التي كرسها والمتعلق بترقية حقوق المرأة السياسية.

وتناول المقال الثالث " تحدي القضاء الجنائي الدولي الدائم للسيادة" موضوعا قديما يثار بشدة في الأعوام الأخيرة خاصة بعد انضمام الدول إلى المحكمة الجنائية الدولية، ليتوصل الباحث بتحليل جري ومبرر إلى نفي تهديد هذه المحكمة لسيادة الدول، كونها لم تصدر اختصاص المحاكم الوطنية، وإنما وضعت ضوابط تضمن إجراء محاكمات حقيقية وعادلة مقترحا فتح المجال أمام الأفراد للإدعاء أمامها وغيرها من الإقتراحات الجديدة بالدراسة.

وفي المقال الرابع توقف الباحث عند القواعد الوقائية المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر وذلك من أجل حماية المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف، واحتراما للرسالة الإشهارية وتقييدها ومراقبتها لتتلاءم مع النظام والآداب العامين وقيم المجتمع الجزائري.

أما المقال الخامس فقد تعرض لحدود فعالية الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر البيئي، بإزالة الضرر البيئي أو يحول دون تزايد أو تفاقمه. وهذا قد يصعب تحقيقه في كثير من الحالات مما يدفع بالقاضي بالاكْتفاء بالحكم بالتعويض النقدي فحسب.

وفي إطار حماية الشركاء في شركات التضامن بصفتهم الملاك الحقيقيون، تناول المقال السادس حق الشركاء في الاطلاع على الوثائق والدفاتر لتقييم أدائها سواء من خلال الإطلاع الدائم والذي يسمح للشركاء غير المديرين من الاطلاع على كل وثيقة موضوعة في الشركة أو مستلمة منها أو من خلال الإطلاع المسبق قبل خمسة عشر يوما من انعقاد الجمعية العامة السنوية. مثيرا إشكالية عدم احترام هذا الحق والجزاء المترتبة عنه.

أما المقال الأخير فقد سلط الضوء على موضوع ذات أهمية قسوة في القانون البحري سواء على المستوى التشريعي الوطني أو حتى الدولي والمتمثل بمسؤولية الناقل عن المرحلة التمهيدية لتنفيذ عقد نقل الحاويات بحرا ، لما يثير هذا الموضوع من منازعات عديدة أمام القضاء ، سيما أن الاتفاقيات الدولية قد اختلفت في تحديد طبيعة هذا الالتزام.

وفي الأخير نرجو ونعمل على استمرار هذه المجلة لتبقى مصدرا علميا موثوقا، تنشر الأبحاث الجادة في مختلف مجالات القانون. وإذ نجدد شكرنا لأعضاء لجنتنا العلمية التحكيمية وللباحثين الذين ساهموا بهذا العدد، ندعو المتخصصين للإلتحاق بالركب مرحبين بعضويتكم ، مقالاتكم، اقتراحاتكم ملاحظاتكم وحتى انتقاداتكم.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالبي المل

## الآثار القانونية الناجمة عن التشدد في نظام التعويض عن المسؤولية المدنية في القانون الفرنسي (دور الحوادث الطبية في تسريع إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني نموذجاً)

د. ياسر عبد الحميد الافتيحات

أستاذ القانون المدني المساعد كلية القانون-جامعة الغرير/دبي، دولة الامارات العربية المتحدة.

### ملخص:

يسلط البحث الضوء على أهمية التأمين في جبر الضرر الذي يحدثه فاعله للمتعاقد الثاني في المسؤولية العقدية والمتضرر في المسؤولية التقصيرية، حيث أن العدالة تستوجب أن يصلح ما أحدثه من ضرر أو أن يدفع تعويضاً مالياً مجزياً على الأقل. لكن ما أهمية تحديد خطأ الشخص دون أن يتمكن من جبر الضرر الذي نتج عن الخطأ؟ ولأن الأمر ليس جديداً في الحديث عن الإرادة الأئمة للمخطئ ومدى التزامه بالتعويض حتى لو لم يوصف فعله بالخطأ؛ لذا فإن أغلب القوانين كالقانون الفرنسي والقانون الإتحادي لدولة الإمارات رقم ٤ لسنة ٢٠١١ بشأن المسؤولية الطبية، ألزمت بالتأمين عن المسؤولية المدنية، وبذلك يجد المتضرر شخصاً مالياً يدفع له التعويض، لكن ليس الأمر من السهولة بمكان، فشركات التأمين لا تدفع التعويض (أقساط التأمين) إلا أن أثبت المتضرر مسؤولية محدث الضرر المؤمن له. كما أنها تعوض في حدود المبلغ الذي اتفق عليه مسبقاً بينها وبين المؤمن له ودُفعت أقساط التأمين لتغطيته، والصعوبة تظهر عندما لا يكون محدث الضرر مؤمناً كأن يكون عقد التأمين قد انتهت مدته أو لم يدفع المؤمن له أقساط التأمين التي التزم بها، وحين ذاك فإن شركة التأمين لن تغطي مبلغ التعويض، وبناءً على ما تقدم اتجهت بعض التشريعات لأنظمة التعويض الجماعية من خلال تقنينها في مجالات عديدة، وكان للقانون الفرنسي دور في إظهارها في أنشطة مختلفة مرتبطة بمدى تأثيرها في حدوث الضرر، فعُد التعويض عن الحوادث الطبية نقلة نوعية في جبر الأضرار من خلال تسريع إجراءات التعويض إلا أنه لم يخلُ من إشكالات نحاول طرحها وبيان السبل التي تُتخذ لإيجاد الحل لها، ومدى إمكانية التعويض عنها في القانون الإماراتي.

### مفاتيح البحث:

المسؤولية المدنية، التأمين التجاري، التعويض الجماعي، الحوادث الطبية، العدوى المستوصفية، الفعل المنتج للمسؤولية، الواقعة الضارة.

## The Legal Consequences Emerged from Restrictions on Insurance Policy System Concerning Civil Liability

### ABSTRACT:

This study shows the necessity of covering legal claims against the insured by the insurance company in the insurance policy whereby the insured is obliged to pay money for a person who is in some way afflicted by him/her. The aim is not to identify the responsible person but to find a suitable solution makes this person capable to mend the damage that affect the afflicted. Most of institutional laws as in French Law and Law No; 4 in 2016 of UAE oblige medical institutions to make civil liability insurance policy so that the afflicted person can be amended with suitable amount of money. It is not easy to pay a compensation for the afflicted because insurance companies do not pay money unless the afflicted proves the civil liability of the insured; moreover, the insurance company pays the least amount of money that is identified in the contract. The insurance company also does not pay money for the afflicted if the insured has not paid the fee or renewed the contract.

Consequently many legislative institutions make legislations concerning public civil liability system to ensure the right of the afflicted. For example, the French Law has an effective role in distinguishing civil liability of the insured and the legal obligation of the insurer. Unlike UAE's Law, the French Law has made a great progress in amending the damage through accelerating compensation's procedure.

### مقدمة

اعتبرت فلسفة مجازاة الشخص المخطئ والمتسبب بخطأ ارتكبه ضرراً لشخص آخر أساساً لوجوب المسؤولية المدنية (عقدية كانت أم تقصيرية)، إلا أن هذه الفلسفة بدأت تتغير منذ وقت ليس بالبعيد، تبعاً لعوامل عديدة، أهمها ظهور الثورة الصناعية في أوروبا وانتشار الآلات والقوى المحركة في المشاريع الكبرى، وانتشار المنتجات الغذائية والدوائية والأدوات والأجهزة التي لم تكن معروفة من قبل، كل ذلك أدى لتزايد مخاطر لم يكن الإنسان يتعرض لها سابقاً، وكما أن الأرباح بدت طائلة لأصحاب هذه المشاريع، فإن الأضرار التي سببتها هذه الأنشطة كانت سبباً لإعادة النظر في مفهوم المسؤولية المدنية بشقيها (العقدية والتقصيرية).

ولم يعد مقنعاً إلزام المتضرر بالبحث عن الإرادة الأئمة أو الخاطئة، وإثبات العلاقة السببية بين الخطأ والضرر؛ فانتجحت الدراسات الفقهية نحو وجوب التعويض بناء على عنصر الضرر بعده العنصر الوحيد لقيام المسؤولية المدنية، ولم يعجز الفقهاء في البحث عن أساساً لهم، فمنهم من أعادها لمفهوم تحمل التبعية، والتي ابتدأت من اعتبار الشخص مسؤولاً عن مخاطر أفعاله سواء أكانت أفعالاً خاطئة أو غير خاطئة ولتنتهي هذه النظرية بالاستناد إلى قاعدة الغنم بالغرم، فمن يجني الأرباح يتحمل المخاطر، فهذا المفهوم لم يعر اهتماماً للسلوك سواء أكان سلوكاً خاطئاً أو لا، وعلى العكس من هذا السلوك أتت نظرية ما زالت تقدر مفهوم الخطأ وإن ذهب لافتراضه مع إمكانية إثبات عكسه، ومن

بين هذا التنازع بين المفهومين السابقين، فإن مبدأً جديداً سطع نجمه وكان محلاً للترحيب إلا وهو مبدأ التعويض الجماعي، والذي ما أن أصبح مبدأً مقبولاً بحجة أن التطور التكنولوجي أعجز المتضرر في إثبات العلاقة السببية، حتى نوقشت مدى إمكانية التعويض في توجهه نحو تغطية كافة الضرر أو جميع المتضررين.

ولكثرة المجالات التي يتعرض فيها الشخص للضرر توجهت بعض التشريعات إلى التعويض من خلال نظام جديد يسمى التعويض الجماعي، وعُدَّ تحولاً جديداً لمفهوم التعويض من الفردية إلى الجماعية أو بعبارة أخرى من عداهلتزاماً على عاتق مرتكب الضرر إلى حق للمتضرر على المجتمع.

#### أسباب الدراسة:

أظهرت الأنظمة الجماعية للتعويض استجابة، من بعض التشريعات من خلال تقنينها في مجالات عديدة، وكان للقانون الفرنسي، دوراً في إظهارها في أنشطة مختلفة مرتبطة بمدى تأثيرها في حدوث الضرر، لكن الأمر لم يخلو من صعوبات تمثلت ب:

#### ١ - حدود التعويض عن طريق الأنظمة الجماعية:

فهل يكون ذلك في حالة عدم تحقق المسؤولية على شخص معين أو في حالة عدم قدرة الشخص المسؤول على دفع التعويض المقدر لجبر الضرر، فشتان بين الأمرين.

#### ٢ - الجهة الملزمة بإنشاء صندوق التعويض الجماعي:

فالأمر ليس سهلاً مطلقاً، من حيث تحديد الجهة المسؤولة، ومن هم الأشخاص الممولين لصندوق التعويض، وهل سيكون التعويض عن الأضرار في المجالات كافة، وفي كل حالة يتحقق فيها الضرر دون أن يظهر الشخص المسؤول؟

#### إشكالية البحث:

لقد اتبع المشرع الفرنسي نظام التعويض وفقاً لقواعد التضامن الاجتماعي في حوادث المرور ليخرج عن صرح البناء التقليدي لأركان المسؤولية المدنية؛ وكرر الأمر مراراً يأتي أثره في مجال الصحة بقانون ٤ آذار ٢٠٠٠، فرغبة بالرد على المشاكل التي أثارها الصدف العلاجية (L'aléa thérapeutique)<sup>(١)</sup>، فقد اعتبر التعويض عن الصدف العلاجية والحوادث الطبية ابتكاراً بوضع نظام قانوني خاص، وذلك من أجل التخفيف من زخم الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم المدنية، فاتخذ طريق الصلح لتسريع إجراءات التعويض بدون اللجوء للمحكمة، وذلك من خلال المجلس الإقليمي للمصالحة والتعويض، والذي يمكن بتوافر الشروط - أن يعطي الحق للمتضرر في اللجوء إلى التعويض على أساس التضامن الوطني، والتساؤل المثار هنا هل التعويض على أساس التضامن الوطني يسعى لإلغاء مفهوم المسؤولية الفردية (عقدية أم تقصيرية) أم أنه أتى لتخفيف المسؤولية على مهني الصحة دون أن يلغي المسؤولية المدنية؟ ثم ما مدى شمولية قانون المسؤولية الطبية الإتحادي لدولة الإمارات رقم ٢٠١ لسنة ٢٠١٠ بالتعويض عن الحوادث الطبية والصدف العلاجية؟

(١) - يقصد بها المفاجآت غير المتوقعة أثناء العلاج ولم يأت تشريع قانون حول تعويض الصدف العلاجية، إلا بعد دراسات ومقترحات امتدت لأكثر من عقد من الزمن

وأهم دراسة قدمت، أتت من قبل الأستاذ Huriet السيناتور في البرلمان الفرنسي مع نخبة من المختصين في مجال الصحة العامة. ينظر التقرير:

Huriet C. et autres, Proposition de loi n° 277 relative à l'indemnisation de l'aléa médical et à la responsabilité médicale, rapport fait au nom de commission des affaires sociales le 19 avril 2001. <https://www.senat.fr/rap/100-277/100-2770.html>

هذا ما نحاول مناقشته من خلال المبحثين الآتيين:

**المبحث الأول: التعويض الدائر بين الذمة المالية للمدين وغطاء التأمين في جبر الضرر**

المطلب الأول التأمين لا ينفى مسؤولية محدث الضرر

المطلب الثاني: بروز أنظمة التعويض الجماعي لجبر الأضرار

**المبحث الثاني: تعويض الحوادث الطبية خارج نطاق المسؤولية الفردية لجبر الضرر**

المطلب الأول نطاق تطبيق التعويض على أساس التضامن الوطني

المطلب الثاني: إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني

### المبحث الأول

**التعويض الدائر بين الذمة المالية للمدين وغطاء التأمين في جبر الضرر**

سادت ولمدة طويلة، فكرة اعتبار التأمين من المسؤولية المدنية أمراً مخالفاً للنظام العام، بعد ذلك إخلالاً بالوظيفة العقابية للمسؤولية المدنية، إذ أنّ جوهرها تتمثل بوجود معاقبة محدث الضرر بدفع التعويض من ذمته المالية وبذلك يتحمل نتائج خطئه لوحده؛ وأن تغطية هذه المسؤولية بالتأمين إنما هي رفع للعبء عن عاتق محدث الضرر<sup>(1)</sup>.

لكن هذا الرأي انحسر بسبب ازدياد أعداد المتضررين وقصور المتسبب في الضرر عن تغطية الأضرار؛ فظهر نظام التأمين على أساس المسؤولية المدنية رغبة في تغطية هذه المسؤولية أكثر من الرغبة في تخفيف العبء عن من أصابه الضرر، الأمر الذي بُرر بعدة أن الذمة المالية للمؤمن له ما زالت هي المسؤولة؛ فهو ملتزم بدفع أقساط التأمين التي ترفع في حال تكرار الأخطاء أو قد لا يجد شركة تأمين لضمان مسؤوليته المدنية.

**المطلب الأول: التأمين لا ينفى مسؤولية محدث الضرر**

من المؤكد، أن عقد التأمين لا يضمن مسؤولية المؤمن له دون حدود؛ بل الأصل أنه يضمن ما يحدث من ضرر خلال تنفيذ العقد أو عند وقوع الضرر في المسؤولية التقصيرية، ولأن الأضرار قد لا تظهر إلا بعد مدة معينة، لذا فالعبرة بوقت وقوع الفعل المسبب للضرر.

**الفرع الأول: عقد التأمين غطاء للالتزام الناشئ**

خلال كل مراحل تطور مفهوم التأمين لم يظهر هذا المفهوم بصورة جمعية خيرية بل كانت غاية المؤمن سعيه للربح.

**أولاً: مفهوم التأمين لا يعد حديثاً نسبياً**

عُرف التأمين منذ أقدم الحضارات إلا أن مفهومه كان منحسراً في التأمين على البضاعة التجارية في البحر وحوال تعرضها للنهب من قبل قطاع الطريق، ثم تطور التأمين، فقبل الثورة الفرنسية، سمح بقرار من لويس الرابع عشر في عام

(1)-Lydia Morlet, *L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit privé de l'indemnisation*, thèse en droit privé 2003, p. 2 et s.

Cite as: [www.jha.ac/articles/a132.pdf](http://www.jha.ac/articles/a132.pdf)

١٦٨٦ بإنشاء شركات تأمين ضد الكوارث الكبرى ثم نشأت بعد مائة عام (١٧٨) شركة تأمين ضد الحريق، ثم بدأت تنشأ شركات التأمين على الحياة، وفي كل الأحوال لم يسمح بإنشاء شركة بدون مرسوم ملكي، ثم بدأ ظهور شركات التأمين يتنامى تدريجياً<sup>(١)</sup>.

وسرعان ما تغير الأمر بعد الثورة الفرنسية؛ ففي البدء شهد نشوء شركات التأمين نوعاً من الجمود الذي سرعان ما تكسر في العالم ١٨١ وذلك للسماح بإنشاء شركة ضد الحريق. ومثالاً على ذلك، في العالم ١٨١ نشأت شركة للتأمين على الحياة، فبدأ ظهور شركات تأمين منها شركات ما زالت قائمة إلى الآن مثل شركة (AXA)<sup>(٢)</sup> التي بدأت بمستوى متواضع لتغطية بعض أنواع المخاطر لكنها سرعان ما بدأت تتوسع بالتأمين على مخاطر أخرى كحال بقية شركات التأمين مثل التأمين على السرقة وموت قطعان الماشية والمسؤولية المدنية بمختلف صورها<sup>(٣)</sup>.

ولكثره حوادث العمل وذلك بسبب ازدياد استعمال المكائن والآلات، صدر قانون ٩ أبريل ١٨٩ الخاص بالتعويض عن حوادث العمل التي لا تلزم المتضرر من إثباتها لقيام مسؤولية رب العمل، فسمح هذا التشريع بتأسيس شركات التأمين ضد حوادث العمل التي شملت كافة العاملين مع رقابة الدولة على شركات التأمين. ثم صدر قانون ١٣ يوليو في عام ١٩٣ الذي رخص التأمين على حوادث السيارات، ليتطور الأمر بصدور قانون ٢٧ فبراير عام ١٩٥ الذي جعل التأمين إلزامياً على حوادث المرور. لكن في كل الأحوال بقيت الصورة الأساس لمفهوم عقد التأمين على انه غطاء للضرر الناشئ بسبب خطأ المؤمن له، وبذلك فإن شركة التأمين غير ملزمة بدفع التأمين عند عدم تحقق مسؤولية محدث الضرر<sup>(٤)</sup>.

#### ثانياً: التأمين على المسؤولية المدنية

عند وقوع الفعل المسبب للضرر، فإن الحماية الحقيقية للمتضرر أو لخلفه العام، أيًا كان النشاط، تتمثل بتقييم الضرر، سواءً تم ذلك من خلال تسوية ودية أو حكم قضائي، ووجود غطاء مالي يكفل دفع التعويض. ولذا لم يعد التأمين من المسؤولية المدنية أمراً نادراً بل امتد ليشمل حتى ما يسببه العاملون الذين يشملهم وصف التابع، عند تحقق مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة أو المسؤولية عن الأشياء.

#### ١ - شركة التأمين تغطي مطالبة المتضرر للمؤمن له بالتعويض

فشركة التأمين الساعية للربح لا تغطي الأضرار لما لا نهاية وإنما تتبع معايير متناسبة مع حجم المشروع المؤمن عليه وفي حدود السقف المتفق عليه مع المؤمن له والمتناسب مع الأقساط المقدمة.

(١)-Jean-Pierre AUDINOT, Jacques GARNIER, Universalis, « ASSURANCE - Histoire et droit de l'assurance », Encyclopédie Universalis  
<http://www.universalis.fr/encyclopedie/assurance-histoire-et-droit-de-l-assurance/>

(٢)-AXA الذي يبين الأصل التاريخي لشركة التأمين ينظر الموقع الإلكتروني<sup>١</sup>

<http://www.infinance.fr/articles/entreprise/societe-cotee-en-bourse/article-axa-presentation-et-histoire-469.htm>

Pouilloux D., Mémoires d'assurances, p. 14 et s

<https://www.ffsa.fr/sites/upload/docs/application/pdf/2011-02/extraitmemoiresassurances.pdf>.

Lenoir R., La notion d'accident du travail: un enjeu de luttes, *Actes de la recherche en sciences sociales*,<sup>(٣)</sup> 1980 Volume 32 Numéro 1 p. 77 et s.

(٤)-Ewvald F., *Formation de la notion d'accident du travail*, Sociologie du travail, 1981, p. 3 et s.

لذا فإن كان مبلغ التعويض المطالب به من قبل المتضرر أكثر من السقف المالي المتفق عليه مسبقاً بين المؤمن له وشركة التأمين فإن شركة التأمين لا تعوض الفارق إلا إن حصل اتفاق على غير ذلك، وعندها يكون لها الحق بالرجوع بالفارق على المؤمن له إن دفعته للمتضرر حيث إن المؤمن له ملزم بدفع الفارق من ذمته المالية.

وبذلك فإن الإرادة الأثمة ما زالت حاضرة بقوة، ابتداءً وإنهاءً فالمؤمن له يؤمن على مسؤوليته ويدفع مقابل ذلك أقساط التأمين، وشركة التأمين الساعية للربح، لا تلزم بالدفع إلا إن التزم المؤمن له بالدفع، أي أن واقعة تحقق مسؤولية المؤمن له لا تكفي إلا أن تبعها مطالبة المتضرر للمؤمن له بالتعويض، وعليه فإن عدم مطالبة المتضرر بالتعويض رغم معرفته بأن المؤمن له هو المسؤول لا يلزم شركة التأمين بإعطاء المبلغ للمؤمن له، فهي أمنت على رجوع الغير عليه سواء أكان الرجوع بطريقة ودية أو قضائية<sup>(1)</sup>.

## ٢ - شركة التأمين تغطي الأضرار المحققة للمسؤولية

المبدأ العام في التأمين، هو منع شركة التأمين من الرجوع إلى المؤمن له بعد دفع مبلغ التأمين للمتضرر، مع التزام الشركة بالأضرار التي تحدث خلال عقد التأمين والأضرار الناشئة بعد العقد بسبب أفعال سببت الضرر أثناء مدة العقد. فالفقهاء تنهوا إلى الأضرار التي يمكن أن تحدث في المستقبل والتي من الممكن أن تتحقق، والتوسع بمبلغ التعويض بإعطاء مكانة للتعويضات الجديدة<sup>(2)</sup>.

والأمر يعتمد على بيان مفهوم الكارثة التي يغطيها مبلغ التأمين من المسؤولية المدنية؛ فالثابت أن الكارثة التي يغطيها التأمين يجب أن تقع خلال سريان العقد منذ نفاذه حتى انقضائه، وفي الفقه التقليدي فإن الكارثة تمثلت بمطالبة المتضرر بالتعويض على اعتبار أن المؤمن لا يضمن حق المضرور بل يضمن دين المسؤول فقد تتحقق الكارثة دون أن تتحقق مسؤولية المؤمن له، وعلى العكس قد تقوم مسؤولية المؤمن له دون تحقق الكارثة، إن لم يطالب المتضرر بالتعويض، ويترتب على ذلك أن المؤمن لا يضمن إلا المطالبة التي تتم خلال سريان العقد حتى لو كانت عن حوادث وقعت أثناء سريان العقد في حين أن المؤمن لا يضمن التعويض عن المطالبات التي تحدث ما بعد سريان العقد.

لكن الاتجاه الحديث، اعتبر الكارثة متمثلة بالواقعة الضارة التي تقع أثناء سريان العقد وبذلك يكيف التأمين على اعتبار أنه ضمان لتعويض المتضرر، ولذا فالكارثة تتحدد من لحظة حدوث الواقعة الضارة، ويبقى بذلك المؤمن ضامناً لمسؤولية المؤمن له ما دامت هذه المسؤولية راجعة لفعل وقع من الأخير خلال سريان العقد. أي أن تاريخ مطالبة المتضرر بالتعويض، أي حتى لو كانت المطالبة لما بعد إنقضاء سريان العقد<sup>(3)</sup>.

## ٣ - عدم الخلط بين الفعل المنتج للمسؤولية والواقعة الضارة

وبذلك لا يحق لمن تناول دواءً لم يصبه ضرر منه أن يطالب بالتعويض، ولو حدث ضرراً لغيره من نفس الدواء فتاريخ حصولها (الواقعة الضارة) هو التاريخ الأمثل لمسؤولية المؤمن له- ومن ثم- التزام المؤمن بدفع مبلغ التأمين. وتظهر أهمية هذا

(1)-Laroche H., *Les concours de responsabilité civiles*, Thèse de droit, Université François - Rabelais de Tours, 2014, p. 446 et s.

(2)-نظير دراسة للدكتور محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين، بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١، ص: ١٨٨ وما بعدها.

(3)-Laroche H., op. cit, 4٤٨ et s.

التحديد في حالة تعاقب أكثر من مؤمن على تغطيه مسؤولية المؤمن له، فكل منهم يغطي الأضرار التي ترجع إلى وقائع حدثت خلال سريان عقده ويمكن القول بأن تحديد تاريخ الواقعة الضارة لا يثير مشكلة بالنسبة لتلك الوقائع التي تقع مرة واحدة ولكن الإشكال في حالة الوقائع المتكررة التي يستغرق حدوثها مدة من الزمن وهذا بالتأكيد سيترك أمر تحديدها للقاضي بالاستعانة بالخبراء ذوي الاختصاص؛ فالحكم القضائي ليس منشأً للحق بالتعويض إنما كاشف له والذي يتحقق من وقت تحقق الضرر.

لكن الأمر بدأ يتغير منذ زمن في المحاكم الفرنسية وترجمها المشرع الفرنسي في قوانين لتبين صورة جديدة من صور التأمين الإلزامي الذي حل فيه التأمين محل الإرادة الأثمة لرب العمل ولم يسمح بعدها بالرجوع على محدث الضرر، وبلا شك فإن أهم صورته تمثلت بتعويض الأضرار عن حوادث العمل.

### الفرع الثاني: تعويض حوادث العمل ضمن المسؤولية المدنية

أتت هذه الصورة من التعويض في نهايات القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين بكل ما تحمله تلك الحقبة من انعكاسات على مختلف الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

### أولاً: التعويض يقدر بالقياس للضرر دون خطأ رب العمل

فقد ارتبطت بفئة كبيرة من المجتمع وهي طبقات العمال فكان قانون تعويض حوادث العمل محاولة لإرجاع التوازن العادل بين تلك الفئة الكادحة وأرباب العمل، الأمر الذي لن يتحقق إلا من خلال إعادة ترتيب أركان المسؤولية وتقوية ركن الضرر على حساب ركن الخطأ فولد القانون متبنياً فكرة تحمل المخاطر أساساً لمسؤولية رب العمل. وبذلك سهل عليه التعويض من ناحية إثبات الخطأ إلا أنه بالمقابل صادرة العدالة التعويض المتناسب مع الضرر المتحقق ولسان حال المشرع أن تسهيل الإثبات يقابله محدودية التعويض والمسعى به (التعويض الجزافي) <sup>(1)</sup>.

### ثانياً: التعويض يُبقي الإرادة الأثمة لرب العمل

أتى قانون 9 أبريل 1891 في فرنسا الذي سبقت الإشارة إليه خشية أرباب العمل حينها باعتبار أنه ارتكز في قيام المسؤولية على ركن الضرر، إلا أنه أعاد عملية الموازنة بين صعوبة إثبات الخطأ من قبل العامل المتضرر بالتعويض الجزافي، ولكنّه في كل ذلك لم يخرج من نطاق المسؤولية المدنية، بل استفاد أرباب العمل من خلاله بمنع العامل من الرجوع لإثبات خطأ رب العمل للحصول على التعويض الحقيقي للضرر <sup>(2)</sup>.

فهذا القانون ركز الحديث عن أركان المسؤولية، مفترضاً الإرادة الأثمة لرب العمل عن كل ضرر يصيب العامل <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> - حول جودة التعويض الذي يقدمه رب العمل للعامل، وأهم الانتقادات التي وجهت لهذا القانون يُنظر بحث معمق للدكتور عدنان سرحان، تطوير نظام التعويض عن إصابات العمل بين التوقيع والحلول الجذرية، مجلة الشريعة والقانون، العدد 31 لسنة 2007.

<sup>(2)</sup> - حول أهم الانتقادات التي وجهت لهذا القانون يُنظر دراسة معمقة للدكتور عدنان سرحان، ضمانات العامل في التعويض عن إصابات العمل في القانون الإمارات منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد الرابع في ديسمبر من عام 2014، ص: 9 وما بعدها.

<sup>(3)</sup> - Tunc A , *La responsabilité civile*, 2<sup>ème</sup> congrès internationale de morale médicale , O.N.M.paris, 1966,ordre nationale des médecins,T I ,p. 41-46.

### المطلب الثاني: بروز أنظمة التعويض الجماعي لجبر الأضرار

لم يكن الحديث عن تعويض المتضرر دون النظر لعنصر الخطأ أمراً حديثاً، فالفقيه الفرنسي Tunc نادى ومنذ عام ١٩٦٦، إلى ضرورة تعويض الأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية وإصلاح الأضرار الناجمة عن حوادث السير<sup>(١)</sup> لكن دعواته تلك؛ لم تلق أذانا صاغية إلا بعد عشرين عاماً<sup>(٢)</sup>. وإن بدأت طروحات Tunc بصورة أو بأخرى غير خارجة عن صورة التشدد في المسؤولية المدنية. وبدا ذلك واضحاً حين تحدث عن التوسع بالتعويض لكن ضمن سياق المسؤولية المدنية. وذلك لأنه كما يبدو لم يتخيل الخروج خارج سياقها، إلا أن المشرع الفرنسي، عندما عزم على إحاطة بعض النشاطات بتنظيم خاص<sup>(٣)</sup>، جعل الفقهاء وشرح القانون وهم بصدد تحليل موقف المشرع الفرنسي من هذه الأنظمة الخاصة بالاستفهام حول طبيعتها القانونية، فهل هي نظام خاص للمسؤولية أم نظام خاص للتعويض؟.

### الفرع الأول: التعويض الجماعي لم يعف من المسؤولية المدنية

برز مفهوم التعويض على أساس التضامن الوطني لأول مرة في فرنسا عندما شرع قانون تعويض حوادث المرور ضمن المسؤولية المدنية، لكن هذا القانون الذي اعتبر حينها نقله نوعية في مجال التعويض كشف وبسرعة أمراً مرتبطاً بلبية التعويض الذي ظل يدور في فلك المسؤولية المدنية، إذ بقي البحث عن المتسبب في الضرر، الملزم بالتعويض من خلال التأمين؛ وقد عدّ قانون تعويض حوادث المرور وقتها، نقلة نوعية من حيث جودة التعويض الممنوحة للمتضرر، لا سيما عندما فُعلّ الضمان بالتعويض للمتضرر بصرف النظر عن إمكانية الرجوع لمسبب الضرر.

### أولاً: تعويض حوادث المرور ضمن المسؤولية المدنية

قد لا يبدو الأمر واضح المعالم، فما هو الحل في حالة وقوع الضرر من قبل شخص ليس تحت رقابة مالك السيارة مثلاً، كأن يقود السيارة المسببه لحادث شخص بإذن من قبل ابن مالكيها دون علم المالك (الأب)، أو أن يسرق السيارة سارقاً ويتسبب بحادث لشخص مرأمامه فمن المسؤول الأساسي عن التعويض<sup>(٤)</sup>.

وبلا شك أن هذا التجاذب بين من يوقع المسؤولية على المالك للسيارة وبين من يوقعها على محدث الضرر، استناداً إلى فكرة المباشر والمتسبب، قد حسمها نظام التعويض عن حوادث السير وفقاً لقانون ٥ يوليو عام ١٩٨٥ في فرنسا. فاتجه نحو تعويض المتضرر عن حوادث السير وتسريع إجراءات التعويض بأسلوب ملائم أكثر.

### ١ - خصوصية نظام التعويض بقانون ٥ يوليو ١٩٨٥ المسمى بقانون (Loi Badinter)

يكتنف هذا القانون نوعاً من التعقيد لا سيما حول طبيعته القانونية؛ إذ يرى العديد من شرح القانون المدني الفرنسي، أنه لا يتعلق بإقامة نظام خاص للمسؤولية المدنية، بل إنه نظام للتعويض بالرغم من أنه لا يستبعد المفاهيم الموجودة في المسؤولية المدنية، إلا أنه يبقى بحسب رأيهم نظاماً مستقلاً عن القواعد العامة في إصلاح الأضرار والتي تقوم

(١)-Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, Thémis droit PUF., 3 édition, p.434et s

(٢)-نظام خاص للمسؤولية، فمنها التعويض عن الأضرار الناجمة عن الطاقة النووية ( L'énergie nucléaire )، وحوادث الطيران للمزيد من التفصيل ينظر:

Roland H., Starck B., Boyer L., *Obligations, contrat*, 4 éd 1993, litec, p. 634 -635., Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., *Droit de la santé*, Thémis droit PUF., 3 édition, p.434 et s.

(٣)-Laroche H., op. cit, 457 et s.

(٤)-Groutel H., *Indemnisation sans égard à la responsabilité et interprétation de la loi du 5 juillet 1985: la longue marche*, Les Cahiers de droit, vol. 39, n°2-3, 1998, p. 400-401.

<https://www.erudit.org/revue/cd/1998/v39/n2-3/043498ar.pdf>

على أساس الاشتراك بإحداث الضرر أي (مدى اتهامه في إحداث الضرر)، فمثلاً مفهوم الضرر وخطأ المتضرر والقوة القاهرة وفعل الغير تكون مقررة وفقاً للقواعد العامة؛ وبذلك لا يكون هذا القانون غريباً تماماً عن المسؤولية المدنية<sup>(1)</sup>.

## ٢- التشدد بنظام التعويض بقانون ٥ يوليو ١٩٨٥

وضع نظام التضامن الاجتماعي الذي يكفل تعويض الأضرار من خلال التأمين الإلزامي في نطاق حوادث السير وهذه هي الضمانة الحقيقية للمتضرر، لكن السائق يكون ملزماً بالتعويض ومن الصعب أن يدفع مسؤوليته بأسباب الإعفاء، وبذلك سيضمن المتضرر التعويض بشكل واسع. فعلى مستوى العلاقة المتضمنة للاشتراك بالضرر والتي تؤدي إلى قيام المسؤولية فإن قانون ٥ يوليو من عام ١٩٨٥، عدّ السائق ملزماً بتعويض الضحية عندما تكون مركبته سبباً في الحادث الذي أدى إلى حدوث الضرر رغم أن علاقة السببية المباشرة ما بين المركبة والضرر قد لا تكون ثابتة من حيث المبدأ.

فمفهوم علاقة الاشتراك بإحداث الضرر بحسب قانون ٥ يوليو عام ١٩٨٥، تستند إلى موضوع الحق (objet de droit)، والذي هو المركبة التي سببت الحادث، فهذا القانون لم يتطلب أي وضع غير اعتيادي أي (عنصر غير اعتيادي) في المركبة ولم يفترض إلا بكونها سببت الضرر، فهو لم يغفل عن حالة ما إذا كان أصل الضرر هو فعل الغير ومنع هذا الأمر من اتخاذه سبباً للإعفاء من المسؤولية، وهذا التشدد من قانون ٥ يوليو من عام ١٩٨٥ تجسد بأنه لا يمكن أن تعتبر القوة القاهرة ولا فعل الغير ولا خطأ المتضرر سبباً للإعفاء إلا في حالات ضيقة جداً<sup>(2)</sup>.

### ثانياً: التورط شرط ضمان وليس شرطاً للمسؤولية

لقد كان قانون ٥ يوليو ١٩٨٥ واضحاً في اعتماد معيار التورط في الحادث دون النظر للمتسبب بالضرر، أي بمعنى آخر أنه يكفي للمطالبة بالتعويض من مالك السيارة بمجرد أن تكون المركبة متورطة بالحادث المسبب للضرر، ولو أتى التدخل السلبي، فحالة وقوف المركبة لا يعفيها من الضمان إن تورطت بشكل ما في حدوث الضرر لسائق دراجة يصطدم بها، وهي واقفة<sup>(3)</sup>.

ومما تقدم نجد أن الحديث عن نظام للتعويض أقرب للمنطق القانوني من الحديث عن نظام خاص للمسؤولية المدنية، لكن كيف يمكن للفقهاء الذين ألفوا الحديث عن المسؤولية المدنية بأركانها، أن يتقبلوا الحديث عن التعويض بدون ذكر لمعيار قياس التعويض وهو تحقق الخطأ والضرر والعلاقة السببية؟ وهل يعد نظام التعويض هنا تكميلي للمسؤولية المدنية أم نظام مستقل؟ هذا ما نبينه في الفرع الآتي.

(1) -حول فهم أوسع لأبعاد مسؤولية الشخص محدث الضرر ومدى تطبيق نظام المسؤولية المدنية والزامه بالتعويض ينظر:

Chartier Y., *Accidents de la circulation*, Rec. Dalloz, N° spécial hors série, 1986, n° 145,151.

(2) -Groutel H., op. cit., p. 415-416.

(3) -بالرغم من صدور القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١٦ بشأن المسؤولية الطبية في دولة الإمارات والذي أقر بوجود لجان المسؤولية الطبية التي تكون مختصة بتحديد الخطأ الطبي الموجب للمسؤولية الطبية، إلا أنه لم يأت على ذكر التعويض خارج نطاق الخطأ الطبي، فالمادة ١٧ منه تعفي مهني الصحة من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن السبب الخارجي والأضرار غير المتوقعة غير الناجمة عن الخطأ الطبي، ولكن هذا القانون لم يبين من يتحمل التعويض في هذه الحالة والغالب أن يتحمل من أصابه الضرر عواقب الضرر دون أن يعوض.

### الفرع الثاني: إنشاء نظام خاص للتعويض خارج نظام المسؤولية المدنية

بعد صدور قانون<sup>٥</sup> يوليو من عام ١٩٨٥ في تعويض حوادث المرور، بدأ الفقهاء حتى أولئك الذين كانوا يعارضون فكرة التعويض خارج نطاق الإرادة الأتمة لمحدث الضرر، يتحدثون عن أهمية تعويض المتضرر وجبر الضرر.

فأصبح الخروج من سياق المسؤولية المدنية بأركانها الثلاثة أمراً مألوفاً، وأصبح البعض من الفقهاء قاب قوسين أو أدنى من الحديث عن منح المسؤولية المدنية شهادة وفاة، داعين إلى إمكانية التغافل عنها لتقرير تعويض للمتضرر دون البحث عن محدث الضرر، وبدل الحديث عن التكييف القانوني لهذا الخروج أصبح التساؤل حول الذي يلزم بتمويل الصندوق الخاص بالتعويض الجماعي.

ففي الأسباب التي ذكرناها في دراستنا، طرحنا تساؤلاً عن أفضل الحلول في حالة عدم تحقق المسؤولية على شخص معين أو في حالة عدم قدرة الشخص المسؤول عن دفع التعويض المقدر لجبر الضرر، إذ أن الأمران لا يتشابهان.

فقد يبدو منطقياً أن يتم التعويض من صندوق الضمان عندما لا يمكننا معرفة محدث الضرر لكن الأمر يزداد تعقيداً في حالة معرفة المذنب لكن لا يمكنه تقديم التعويض، والذي بالأصل يلزم بالتعويض من خلال التأمين الإلزامي والذي يكون ملزماً قانوناً به، لكن ما الحل لو لم يكن مؤمناً أو انتهى عقد التأمين، فبموجب قانون<sup>٥</sup> يوليو ١٩٨٥ فإن صندوق الضمان يلتزم بالتعويض.

وبذلك نخلص إلى النتيجة الآتية: إن النظام المعتمد في قانون تعويض حوادث المرور، هو نظام تعويض وليس نظام تنظيم للمسؤولية المدنية، فلم ينشغل بالحديث عن تعديل أركان المسؤولية بل انشغل بتنظيم آلية التعويض، وبذلك يُعد هذا النظام مصدر إلهام المشرع الفرنسي وهو بصدد تعويض ضحايا الحوادث الطبية والصدف العلاجية، فيقتصر على المتضرر من الحادث الطبي؛ لذا لا علاقة له بمفهوم المساعدات المالية المقدمة من جمعية خيرية أو مؤسسه خاصة أو عامة، فالتعويض الجماعي يجسد فكرة روح التضامن، ولذا ينبغي أن تلتزم به جهة معينة، مثلاً على ذلك كل وزارة أو مؤسسة صحية تلتزم بالتأمين على المهنيين وبذلك فإن أهم انعكاس على ذلك أن المهنيين سيكونون ملزمين بالدفع ويعلمون أين ستذهب الأموال التي يدفعونها، ففي خطأ الطبيب أو المؤسسة الصحية وعندما يتم التأمين المعتاد فإن بقية الأطباء لا يعلمون بالأمر أما في هذه الحالة فإن الطبيب المرتكب لأخطاء أكثر قد يجد نفسه ملزماً بالاجتهاد في عدم الوقوع بالخطأ، لأن زملاءه في المهنة سيكونون على دراية بما فعل أو ارتكب. وليس في ذلك فضيحة؛ فثمة نوع من الأخطاء التي لا يمكن تجنبها تقابلها أخطاء تتسم بصبغة الرعونة التي لا تغتفر وكل ذلك ينسجم مع الخطر الفعلي المتحقق<sup>(١)</sup>.

فعلى عكس التأمين التجاري الذي فيه تبذير للمال؛ لأن المؤمن له يدفع نفقات لا طائل منها والمؤمن يكون دوماً حريصاً على البقاء في السوق كشركة، فآثر إنشاء التضامن الوطني أن يجعل أهل كل مهنة أكثر حرصاً ودراسة كما سيعلمون مسبقاً أن الأموال لن تذهب سدى، وبلا شك أن هذا النوع من التضامن له أهمية في مجال الطب لأن الصحة العامة أمر مكفول بالدستور للجميع، كما أن نشاط العمل الطبي يكون أكثر انسجاماً مع التعويض الجماعي لا سيما وطبيعة الهدف السامي

(١) - فالأضرار الطبية ليست مثل غيرها من الأضرار التي تصيب الإنسان في الأشياء التي يملكها فإصلاح الأضرار الطبية ينسجم مع طبيعة الجسد وحرمة فلا يمكن القول للمتضرر من تدخل علاجي أفقده على سبيل المثال كلى أن علاجها ليس أمراً مهماً فلديها أخرى فإن كان عدم التدخل في الإصلاح من خلال هذا المطلق نكون قد ساوينا بين الجسد والأشياء المالية الأخرى محل التأمين.

الراغب في علاج المرضى الذين كلما نقص عددهم أو نقص نوع الأمراض الخطيرة عدداً إيجابياً للمصلحة العامة، كما أن ذلك حافز لمبني الصحة في الاجتهاد أكثر والحرص على المريض<sup>(1)</sup>.

وإتماماً لما تقدم، علينا أن نخرج على آلية تعويض الحوادث الطبية بموجب قانون الصحة الفرنسي والذي فضلنا بيانه في المبحث الآتي:

## المبحث الثاني

### تعويض الحوادث الطبية خارج نطاق المسؤولية الفردية لجبر الضرر

عكست آلية التعويض التي اتبعها المشرع الفرنسي في الحوادث الطبية رغبته في تحقيق ضمان أوسع عند حصول ضرر من تنفيذ الأعمال الطبية وذلك من جهتين منفصلتين تماماً للتعويض؛ فمن جهة الطبيب وشركة التأمين التي أمن فيها الأخير عند تحقق مسؤوليته، والتضامن الوطني عند عدم تحقق مسؤولية الطبيب من جهة أخرى.

إلا أن نطاق التعويض على أساس التضامن الوطني أتى بالأصل لتعويض المتضررين في نطاق النشاط الطبي العادي فجعله المشرع الفرنسي امتيازاً للمتضرر من حيث الاستفادة من هذا النظام مما يتطلب منا بيان حدود هذه الاستفادة والإجراءات التي يلزم القيام بها، للحصول على التعويض، ونبين ذلك من خلال المطالبين الآتيين.

### المطلب الأول: نطاق تطبيق التعويض على أساس التضامن الوطني

سعى المشرع الفرنسي من خلال قانون ٤ مارس ٢٠٠٠ إلى تدعيم قواعد المسؤولية الطبية، فبعد أن أكد على أن الأصل في تحقق المسؤولية الطبية وجود الخطأ. توسع بالالتزام بالنتيجة بالشكل الذي أعطى للمتضرر فرصة كبيرة للحصول على التعويض عن الأضرار التي تصيبه، فأبرز نظام المسؤولية الطبية المستندة إلى الضرر في حالات معينة<sup>(2)</sup>.

ولكي لا يكون ذلك على حساب مهني الصحة والمؤسسات الصحية، فإنه أتى بنظام التعويض على أساس التضامن الوطني فنصت المادة L-1142-1.II من قانون الصحة على أنه، عندما لا تكون مسؤولية مهني الصحة أو المؤسسات أو المرافق الصحية المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة متحققة عن حالة الحوادث الطبية أو العدوى المستوصفية أو الأمراض ذات المنشأ الطبي، فإن للمتضرر الحق. ولخلفه العام عند موته. بإصلاح الضرر على أساس التضامن الوطني<sup>(3)</sup>.

ولكن كيف يتم تطبيق ذلك في النشاط الطبي العادي؟

(1)-Hocquet-Berg S.,*Commentaire des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 29 juin 1999 en matière d'infection nosocomiale*, Gaz. Pal, 5-6 avril 2000, P. 624 .

(2)-تبين الفقرة الأولى أن مسؤولية هذه المؤسسات لا تتحقق بالأصل إلا بقيام الخطأ.

(3)-يتكون هذا المجلس من عشرين عضواً منهم ستة يمثلون المرضى ومستخدمي النظام الصحي وطبيبين يمارسون نشاطهم المهني بشكل حر من بينهم طبيب يعين بعد أخذ رأي النقابة التي ينتمي إليها ومتمرس معين بنفس الطريقة ومسؤول مؤسسة صحية عامة ومسؤولين لمؤسسات صحية خاصة وممثلين عن الهيئة الوطنية للتعويض عن الحوادث الطبية وممثلين عن شركات التأمين وأربعة أشخاص لديهم الكفاءة في تقييم الأضرار الجسدية ويتم تعيين هؤلاء الاعضاء لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ويتم ترأس المجلس بواسطة قاضي اداري أو مدني. أنظر: المادة 5-1142 R والمادة 6-1142 R من قانون الصحة الفرنسي.

### الفرع الأول: التعويض على أساس التضامن الوطني لم يأت رغبة بتخفيف المسؤولية على مهني الصحة

لقد أتى قانون ٤ مارس ٢٠٠٠ رغبة بالرد على المشاكل التي أثارها الصدف العلاجية ( L'aléa thérapeutique )، والتي لم يحمل مجلس الدولة الفرنسي إلا حلاً جزئياً لهذه المشكلة. فعد ذلك ابتكاراً بوضع نظاماً قانونياً خاصاً والذي اعتمد من أجل التخفيف من كثرة الدعاوى التي ترفع أمام المحاكم فأتخذ طريق الصلح لتسريع إجراءات التعويض بدون اللجوء للمحكمة، وذلك من خلال المجلس الإقليمي للمصالحة والتعويض<sup>(١)</sup>، الذي يمكن بتوافر الشروط أن يعطي الحق للمتضرر من اللجوء للتعويض على أساس التضامن الوطني<sup>(٢)</sup>.

إلا أن نطاق تنفيذ التعويض على أساس التضامن الوطني لا يمكن أن يتم بلا حدود؛ ففيما يتعلق بالأضرار الناجمة عن الحوادث الطبية أي (الحوادث التي تقع خلال أعمال العناية التي تكون غريبة عنهم)، أو العدوى ذات المنشأ الطبي كالتى يسببها الدواء أو العدوى المكتسبة في المستشفى، التي لا تكون متوقعة ضمن تطور الحالة الصحية للمريض إلا أنها تتعلق بأعمال العناية.

فإن المتضرر ولكي يستفيد من التعويض على أساس التضامن الوطني يلزم أن تتوفر ثلاثة شروط نصت عليها المادة L-1142-II من قانون الصحة:

أن يعزا الضرر مباشرة لأعمال الوقاية أو التشخيص أو العناية وبشرط أن تكون نتائج الضرر غير عادية قياساً على الحالة الصحية للشخص والتطور المتوقع لها وبشرط أن تتصف هذه الأضرار بالخطورة التي تقيم بقرار من الجهة المختصة، بالقياس لفقدان المتضرر القدرة على العمل ومدى تأثير الضرر في الحياة الخاصة والمهنية للمتضرر، والأخذ بالحساب نسبة العجز المستمرة أو مدة العجز الوقتية عن العمل.

وعندها فإن المتضرر سيعوض من خلال التضامن الوطني، وبدون أن يشارك مهني الصحة والمؤسسات الصحية أو حتى مؤمنهم (شركات التأمين) بهذا التعويض، أما الأضرار التي لا تتوافر فيها هذه الشروط، فإن التعويض يتم من خلال القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

لهذا السبب لا يمكن أن يكون هذا التعويض مطلقاً إنما يتم بالضرورة من خلال حالات معينة؛ يمكننا إجمالها بثلاثة حالات وهي:

الحالة الأولى: عندما لا يمكن إثبات أي خطأ أو حتى افتراضه على المؤسسة الصحية أو مهني الصحة عن الحوادث الطبية أو العدوى المستوصفية أو العدوى ذات المنشأ الطبي، ويكون المتضرر يعاني من عجز مستمر وصلت النسبة المحددة بالمادة D1142-1,1<sup>er</sup> من قانون الصحة الفرنسي التي ثبتت هذه النسبة بـ ٢٠%، فدون هذه النسبة لا يمكن أن يعوض؛ لأن أي خطأ يعد أصل الضرر لا يمكن إثباته<sup>(٣)</sup>.

(١)-انظر المادة ٢ ١٤٢-١٤٣ D حيث بينت درجة الخطور وحددت ذلك من خلال جدول لتقييم نسب العجز بشكل مفصل بينه الملحق ١١.٢ من قانون الصحة الفرنسي.

(٢)-ينظر المادة L-1142-1.II من قانون الصحة العامة الفرنسي.

(٣)-ينظر المادة ١، ١-١٤٢-١ L من قانون الصحة العامة الفرنسي.

الحالة الثانية، وهي التي يتم فيها التعويض على أساس التضامن الوطني فهي العدوى المستوصفية التي تعزا إلى خطأ المؤسسة الصحية وليس لممي الصحة وأدتما إلى عجز مستمر يفوق نسبة الـ ٢٥%، أو الموت، أما إن كانت النسبة أقل من ٢٥% فإن المتضرر يعرض على أساس الخطأ المثبت أو المفترض وفقا للقواعد العامة<sup>(١)</sup>.

وأخيراً، فإن التعويض على أساس التضامن الوطني، يتم عن الأضرار الناجمة عن التدخل في حالة الظروف الاستثنائية لممي الصحة والمؤسسات الصحية أو المرفق وخارج نطاق نشاطهم المتعلق بأعمال الوقاية والتشخيص أو العناية<sup>(٢)</sup>.

فالتعويض على أساس التضامن الوطني، لا يمكن أن يتدخل إلا بأسلوب مساعد بحالة الأضرار ذات الخطورة الخاصة وبحالة المخاطر الغريبة التي تظهر خلال اجراءات العناية الاعتيادية<sup>(٣)</sup>.

رأينا بالموضوع: يمكننا من خلال ما تقدم أن نلاحظ أن التعويض على أساس التضامن الوطني، يمكن أن يحصل حتى في حالة وجود خطأ من ممي الصحة أو المؤسسة الصحية لكن ضمن نطاق معين، ففيما يتعلق بحالة الخطأ الذي يكون أصل الحادث المسبب للضرر أو العدوى المستوصفية أو العدوى ذات المنشأ الطبي، فالأصل أن مسؤولية ممي الصحة أو المؤسسات الصحية تكون متحققة، لكن قانون ٣ أكتوبر عام ٢٠٠٠، الذي أدخل تحت ضغط شركات التأمين بصورة استثنائية وأضفى نوعاً من التعقيد على نصوص القانون.

فذكر المادة L-1142-1-1، مبينا أن الأضرار الناجمة عن العدوى المستوصفية التي تفوق فيها نسبة العجز المستمر ٢٥% أو الموت، فإن للمتضرر الحق بأن يعرض على أساس التضامن الوطني.

بالرغم من أن هذه الأخطاء تكون ثابتة تجاه المؤسسة أو المرفق الصحي التي ينفذ فيها أعمال الوقاية والتشخيص والعناية، وعلى العكس من ذلك فإن مسؤوليتها تبقى متحققة عن العدوى المستوصفية إن قلت نسبة العجز عن ٢٥% إلا إذا تم إثبات السبب الاجنبي<sup>(٤)</sup>.

### الفرع الثاني: التوسع بنطاق التعويض على أساس التضامن الوطني على مختلف ممي الصحة

توسع نطاق الأعمال الطبية يؤدي بالضرورة إلى توسع مجالات الضرر الناجم عن تنفيذ الأعمال الطبية، ولأن مجال الأعمال الطبية أصبح أنماطاً لا حصر لها سواء أكانت متعلقةً بالعناية: كالعلاج من الأمراض أو متعلقةً بالوقاية: مثل اللقاحات ضد الأمراض أو مرتبطة بعلميات تجميلية أو حتى بأبحاث طبية مرخصة ضمن قانون الصحة الفرنسي، فإن الأضرار الناجمة عن كل ما تقدم من المحتمل أن تكون ناجمة عن الحوادث الطبية أو العدوى المستوصفية أو العدوى ذات المنشأ الطبي، لذا فإنه وفي حالة قدرة الطبيب-الباحث على إثبات عدم مسؤوليته، فإن للمتضرر الحق باللجوء إلى المجلس

(١)- ينظر المادة ٢، ١-١-١١٤٢ L من قانون الصحة العامة الفرنسي.

(٢)-Mémeteau G., *La nouvelle responsabilité médicale, loi du 4mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé*, Journal de médecine légale droit médical, 2002, Vol. 45 n°6, p. 214.

(٣)-Radé C., *La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, in responsabilité civile et assurances, éd, du juris-classeur, mai 2002, p.9..

(٤)-Hocquet-Berg S ,op. cit. , p. 624 et s.

الإقليمي للمصالحة والتعويض سعياً للاستفادة من التعويض على أساس التضامن الوطني، من خلال الهيئة الوطنية للتعويض.

فمثلاً في مجال الأبحاث المنفذة على الكائن البشري التي رُخصَ بها من قبل قانون الصحة الفرنسي، فمع ضرورة التأكيد على عدم التزام المتضرر للاستفادة من هذا التعويض بالخضوع لدرجة الخطورة المنصوص عليها التي حددت بنسبة ٢٥% فحتى لو كانت نسبة العجز أقل من ذلك، فإن له الحق، أي المتضرر، في تنفيذ البحث والمطالبة بالتعويض على أساس التضامن الوطني، وهذا ما بينته المادة ١٢-١١ L- من قانون الصحة العامة الفرنسي، إلا أنها بالمقابل لم توضح في حالة ما إذا زادت نسبة العجز عن ٢٥% بسبب العدوى المستوصفية فهل يحق للباحث أن يستفيد من المادة 1-1-1142-L، التي بينت حالة استثنائية نص عليها المشرع الفرنسي تحت ضغط شركات التأمين كما لاحظنا من أجل أن يطالب بتعويض المتضرر من تنفيذ البحث الطبي على أساس التضامن الوطني رغم وجود خطأ؛ لأن نسبة العجز زادت عن ٢٥% أو حصل الموت؟.

في الحقيقية إن هذا الاستثناء الذي سبق لنا بيانها يمكن أن يطبق على تنفيذ البحوث الطبية على الكائن البشري، لأن نص المادة ٣-١٤-١١ L- من قانون الصحة الفرنسي كان صريحاً في أن التنظيم المتعلق بإصلاح الحوادث الطبية على أساس التضامن الوطني لا يمكن تنفيذه على الباحث عندما تكون مسؤوليته متحققة وفقاً للمادة ١٢-١١ L- من قانون الصحة الفرنسي، على أساس الخطأ المفترض، والتي يغطي فيها عقد التأمين لمسؤولية القائم بالبحث.

لكن ذلك سيبقى محل جدل، عندما لا يمكن للمتضرر من تنفيذ البحث الطبي مقاضاة القائم بالبحث؛ بل يضطر لمقاضاة أحد المنفذين الآخرين للبحث الطبي، فلأن مقاضاة المتضرر للمتدخلين من غير القائم بالبحث تتم من خلال القواعد العامة للمسؤولية الطبية، التي تكون مشمولة بالقانون ٤ آذار ٢٠٠٠، فإن المتضرر في الأصل سيحق له حينها الاستفادة من التعويض على أساس التضامن الوطني أسوة بالمتضرر من تنفيذ النشاط الطبي العادي عليه<sup>(١)</sup>.

لكن في اعتقادنا أن ما يعيق ذلك هو تحديد المادة II-١٤-١١ L- من قانون الصحة الفرنسي في أن يعزى الضرر مباشرة لأعمال الوقاية أو التشخيص أو العناية فهذا النص لا يشمل تنفيذ البحث الطبي، ولذا سيكون ذلك محلاً للسلطة التقديرية للقاضي حينها<sup>(٢)</sup> وكل ما تقدم يمكن أن ينطبق على عمليات التجميل غير الضرورية.

وأخيراً، فإنّه يكون لزاماً على المتضرر من حادث طبي يتبين فيه عدم مسؤولية محدث الضرر أن يتبع الإجراءات التي حددها قانون ٤ مارس ٢٠٠٠ من قانون الصحة الفرنسي.

### المطلب الثاني: إجراءات التعويض على أساس التضامن الوطني

لا يمكن أن يتم تعويض المتضرر من الحوادث الطبية أو العدوى المستوصفية أو العدوى ذات المنشأ الطبي بشكل تلقائي، إنما يجب على المتضرر أن يلجأ للمجلس الإقليمي للمصالحة والتعويض، الذي يلزم اختيار خبير مختص في الحوادث الطبية من بين الخبراء الذين تم اختيارهم من قبل المجلس الوطني للحوادث الطبية<sup>(٣)</sup>.

(١)-Harichaux M., *Commentaire de normes, à propos de la loi du 4 mars 2002*, RD Sanit. Soc., 2002, n° 4, p. 673.

(٢)-لفهم أوسع لتكيفية هذا المجلس وكيفية ممارسة اختصاصه ينظر المادة ١١-١١٤٢ L- والمادة ١٢-١١٤٢ L- والمواد 24-1124-R وما بعدها والمواد 1-29-1124 R- وما بعدها من قانون الصحة العامة.

(٣)-ينظر المادة 4-1142-L من قانون الصحة العامة.

وتحديد الجهة المكلفة بالتعويض ستحدد من خلال تقرير الخبراء الذي يبين أن للمتضرر الحق بالتعويض على أساس التضامن الوطني أو العكس عدم استحقاقه لأن خطأ مهني الصحة متحقق ومن ثم يكون التعويض من خلال التأمين الخاص بمهني الصحة.

ويبدو أمراً ضرورياً أن يتم إعلام المتضرر من النشاط الطبي، بأن له الحق باللجوء للمجلس المذكور دون الحاجة للجوء للمحكمة المختصة. مما يثار التساؤل عن المكلف بهذا الإعلام؟، وما هي الخطوات اللازم تنفيذها للحصول على التعويض على أساس التضامن الوطني، ثم ما هي حدود هذا التعويض؟، هذا ما نحاول بيانه من خلال الفرعين الآتيين:

### الفرع الأول: وجوب لجوء المتضرر للمجلس الإقليمي للمصالحة والتعويض عن الحوادث الطبية

لقد أكد المشرع الفرنسي على ضرورة الإعلام باللجوء لهذا المجلس، لكل شخص ضحية أو يعتبر نفسه ضحية أضرار أصابته أثناء تنفيذ عمل وقائي أو خلال التشخيص أو العناية. ويكون الإعلام لخلفه العام إن كان المتضرر قد مات ويتم التبليغ عند الضرورة لممثله القانوني. ويجب أن يتم الإعلام من خلال مهني الصحة أو المؤسسة الصحية أو المرفق الذي تم به تنفيذ النشاط السابق عليه. ويبين في هذا الإعلام أسباب الضرر وحالته، ويجب أن يسلم هذا الإعلام لصاحب العلاقة خلال مدة أقصاها ١ يوماً، تبدأ إما من وقت اكتشاف الضرر أو من يوم طلبه الصريح بهذا الإعلام ومن الممكن له عند الحوار المتعلق بإعلامه أن يطلب حضور الطبيب أو شخص آخر يساعده بحسب اختياره<sup>(1)</sup> وعندها فإن المتضرر سيلجأ إلى المجلس الإقليمي للمصالحة والتعويض، الذي يتأهله قاضي مدني أو إداري<sup>(2)</sup>.

ومهمة هذا المجلس، تتمثل في تسهيل الأمر على المتضررين من خلال الصلح في الخصومات المتعلقة بالحوادث الطبية والعدوى المستوصفية والعدوى ذات المنشأ الطبي، وكذلك الخصومات الأخرى التي تنشأ ما بين مستخدمي المرفق ومهني الصحة والمؤسسات الصحية والمرفق الصحي أو منتج المواد الصحية، فاختصاص هذا المجلس في اجراء الصلح وحل النزاع واسع جداً<sup>(3)</sup> فهذا المجلس يمكن أن يلجأ إليه كل شخص يقدر أنه ضحية لضرر يعزى الى النشاط الوقائي أو التشخيص أو العناية، فقبل أن يلجأ إلى القاضي المختص لمقاضاة محدث الضرر يمكنه أن يلجأ الى هذا المجلس، فهو بالخيار وعندها فإن مدة التقادم المتعلقة برفع الدعوى سوف تنقطع حتى البت بالصلح وفقاً لما هو منصوص عليه<sup>(4)</sup>.

إلا أن هذا المجلس لا يملك القدرة على حل النزاع ودياً بين الأطراف إلا بموافقتهم<sup>(5)</sup>، وعندها من الممكن أن ينجح في تحقيق الصلح بين الأطراف بصورة كاملة أو أن يكون نجاحه جزئياً بأن يتوصل الى التوفيق بينهم على بعض المسائل المتعلقة

(1)- ينظر المادة ٥-١١٤٢ L والمادة ٥-١١٤٢ R الى المادة ١٢-١١٤٢ R من قانون الصحة العامة .

(2) Mémeteu G., *Cours de droit médical*, 3e éd., Les Etudes hospitalières, 2006, p. 480-481. ; Jean P. et Herzog V., *Commission de conciliation et droit des patients*, Berger-Levrault, 2001.

(3)- ينظر المادة ٧-١١٤٢ L من قانون الصحة العامة، وانظر المادة 7-1126 L من قانون الصحة العامة، حيث أن مدة التقادم تنتهي بمرور عشر سنوات تبدأ من لحظة ظهور الضرر أو تفاقمه كما هو مقرر في المادة ١-٢٢٧٠ من القانون المدني الفرنسي.

(4)- الأصل أن على المتضرر من الأعمال الطبية أن يلجأ بالبدء إلى المحكمة المختصة رافعاً الشكوى على المستشفى أو الطبيب وعند عدم ثبوت مسؤولية هؤلاء فإن للمتضرر الحق باللجوء إلى المطالبة بالتعويض على أساس التضامن الوطني، إلا أن ذلك لا يمنع من اللجوء للمجلس الإقليمي من أجل أن يقوم بالمصالحة الودية وهذا الأمر سيكون مفيداً للطبيب أو للمستشفى لا سيما في حالة ثبوت مسؤوليته بالمصالحة الودية مع المتضرر قد تكون أفضل من اللجوء للقضاء بما يتضمن من طول إجراءات المحاكمة وعدم سرية الجلسات مما يسبب الإضرار بسمعته وإضاعة وقته .

(5)- ينظر المادة ٢٢-١١٤٢ L من قانون الصحة العامة.

بالنزاع دون مسائل أخرى فعندها يقدم ملفاً موقِعاً من قبل رئيس المجلس ومن قبل أصحاب العلاقة، ويظهرون النقاط التي تم الاتفاق عليها وعند الاقتضاء النقاط التي لم يتم الاتفاق عليها<sup>(1)</sup>.

كما يمكن للمجلس أن يتخلى عن حل النزاع ودياً لصالح المجلس المرتبط بمستخدمي المرفق الصحي وجودة الخدمات العامة والذي يكون موجوداً في كل مؤسسة صحية<sup>(2)</sup> أو أن يحيل الملف إلى مجلس المقاطعة<sup>(3)</sup>، ولا يتم ذلك إلا بموافقة الأطراف أما أن تم الإحتفاظ بالملف فيمكن للمجلس أن ينيب عضواً من أعضائه لتولي مهمة المصالحة الودية بين الأطراف كما يمكن أن يحيل الملف إلى شخص خارج المجلس توكل إليه مهمة إجراء المصالحة بين الأطراف<sup>(4)</sup>.

ويكون مفروضاً عند لجوء المتضرر للمجلس الاقليمي للمصالحة والتعويض أن يقوم هذا المجلس بإرسال رأيه حول ظروف وأسباب وطبيعة وحجم الأضرار وكذلك نظام المسؤولية المطبق<sup>(5)</sup>.

ويجب أن يعد هذا الرأي خلال ستة أشهر، ولا يمنع من أن يتم الاختصاص أمام القاضي المختص عندما يحصل إخفاق في حل النزاع ودياً<sup>(6)</sup>.

وعندما يتبين ان الأضرار اتت بسبب الحوادث الطبية إلا انها ليست بسبب العدوى المستوصفية أو العدوى ذات المنشأ الطبي، فإن المجلس يعين خبيراً قبل إعداد رأيه، وتقرير الخبير سيحدد من هو الشخص المسؤول ومن هو الملتزم بالتعويض. والأصل في نطاق النشاط الطبي العادي، فانه في حالة اكتشاف المجلس ومن خلال تقرير الخبير أن الأضرار لا تحمل وصف الخطورة، فإنه يعلن عدم اختصاصه ويعلم المتضرر (المدعي) بأن له الحق بإمكانية إجراء الصلح بينه وبين من أحدث الضرر وعندها فإن القواعد العامة هي التي تطبق.

وعلى العكس، عندما يقدر المجلس من خلال تقرير الخبير، بأن الأضرار تعزا إلى المؤسسة الصحية أو مهني الصحة أو المنتج للدواء، فإن شركة التأمين التي امنت عندها الجهات السابقة ملزمة بأن تعرض على المتضرر مبلغاً معيناً يكفي لإصلاح الضرر بصورة كاملة وخلال مدة أربعة أشهر تالية على إبداء المجلس لرأيه<sup>(7)</sup>.

(1)-ومهمة هذا المجلس هي مساعدة وتوجيه من يعتبر نفسه متضرراً بسبب نشاط المؤسسة وإعلامه بالطرق التي يمكن أن يسلكها من أجل الحصول على التعويض أنظر المادة 3-1112-L من قانون الصحة العامة.

(2)-نظير المادة 21-1142-L من قانون الصحة العامة.

(3)-Mémeteau G., *La nouvelle responsabilité médicale, loi du 4mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé*, op.cit. p. 217 .

(4)-نظير المادة 8-1142-L من قانون الصحة العامة.

(5)- Cadeau E. et Mémeteau G., *Les avis des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation*, La Revue générale de droit médical, 2004, n° 13, p. 331.

(6)-يمكن للمجلس أن يختار خبيراً من الخبراء المذكورين بالقائمة الوطنية المعدة من قبل المجلس الوطني للحوادث الطبية والذين من بينهم الأعضاء الخمسة والعشرون الذين يتم تعيينهم من قبل وزير العدل والصحة وتحمل الهيئة الوطنية للتعويض عن الحوادث الطبية والعدوى ذات المنشأ الطبي والعدوى المستوصفية نفقات هذا الخبير نظير المادة 9-1142-L الى المادة 12-1142-L من قانون الصحة العامة.

7- Viney G., *La clause dite de réclamation de la victime en assurance de responsabilité*, J.C.P., 1994, I, 3378 ; Lambert-Faivre Y., *La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité, fondement et portée des clauses réclamation de la victime*, D., 1992, chr., 14

وبالتأكيد أن شركة التأمين ليست ملزمة بأن تعرض مبلغاً يزيد عن السقف المالي الذي حدده الاتفاق المسبق بينها وبين المؤمن له عند إبرام عقد التأمين، فإذا ما قبل المتضرر لهذا العرض فإن شركة التأمين ملزمة بأن تدفعه خلال شهر<sup>(1)</sup>. وفي كل الأحوال عندما تتم الإجراءات بالصورة السابقة، فإن المتضرر يجب أن يعرض خلال مدة أقصاها سنة من يوم اكتشاف الضرر دون الحاجة إلى اللجوء للقاضي المختص.

لأنه يمكن للمؤمن- الذي يقدر بأن الأضرار لا تعزاً مطلقاً للمؤمن له- الحق أن يقيم دعوى الحلول ضد الشخص الذي يعتبر أنه محدث الضرر، بل ويمكن للمؤمن أن يقيم الدعوى على الهيئة الوطنية للتعويض عن الحوادث الطبية والعدوى ذات المنشأ الطبي والعدوى المستوصفية ( ONIAM ) إن قدر أن مثل هذه الأضرار يجب أن تعوض بالأصل على أساس التضامن الوطني، لأن شروط هذا التعويض متوافرة فيها<sup>(2)</sup>.

وباعتراض شركة التأمين على التزامها بالتعويض، فإنه من المتوقع عدم قيامها بتقديم عرض للمتضرر أو أن يتبين من خلال الإجراءات المتبعة عدم إمكانية تحديد وبدقة على من تقع المسؤولية عن الأضرار التي حصلت، فالأمر غير مؤكد في تحديد الشخص المسؤول أو أن يتبين أن السقف المالي للتأمين لا يغطي المبلغ الكامل لإصلاح الضرر أي أن عقد التأمين ما بين شركة التأمين والمؤمن له لا يغطي هذه الأضرار بصورة كاملة.

فإنه في كل هذه الأحوال، فإن الهيئة الوطنية للتعويض عن الحوادث الطبية ( ONIAM )، سوف تحل بدل المؤمن في تقديم عرض للمتضرر، وعندها فإن هذه الهيئة ستحل بعد هذا التعويض محل المتضرر في حقوقه ضد الشخص المسؤول وعند الاقتضاء حتى ضد شركة التأمين التي امن فيها الشخص المسؤول إلا إن كانت مدة نفاذ عقد التأمين قد انتهت<sup>(3)</sup>.

وسيكون الكلام الفصل عندها للقاضي المختص ( الإداري أو المدني)<sup>(4)</sup> الذي إن تبين له تحقق مسؤولية المؤمن بأن يحكم عليه أو على المؤمن له - أي ( المهني أو المؤسسة الصحية أو المرفق ) إذا لم يكن قد أمنوا على مسؤوليتهم أو أن عقد التأمين قد انتهى بأن يعيد للهيئة الوطنية المبلغ الذي دفعته للمتضرر وزيادة<sup>(5)</sup> %.

وفي حالة الاتفاق بين المتضرر وال ONIAM، على المبلغ الذي يستحقه المتضرر، فإن المؤمن أو الشخص المسؤول لا يمكنه الاعتراض على هذا الاتفاق، إلا أن لهم بالمقابل الحق بالاختصاص أمام القاضي المختص أيّاً كان القاضي الإداري أو المدني، لأن الأصل أن تحديد المسؤولية أو مبلغ التأمين يمكن الاعتراض عليه، لكن أيّاً كان قرار القاضي فإن المبلغ المدفوع من قبل ال ONIAM للمتضرر يعد حقاً مكتسباً لا يمكن استرجاعه وذلك أت من اعتبارات إنسانية<sup>(6)</sup>.

(1)- وقبول التسوية بهذا الشكل يمكن أن يتم من خلال المادة ٢٠٤٤ من القانون المدني الفرنسي ينظر:

Dorsner-Dolivet A., *La responsabilité du médecin, Pratique du droit, economica*, 2006, p. 243 et s.

(2)- ويمكن أن ينطبق هذا الأمر على كافة الأنشطة الطبية، فشركة التأمين يمكنها أن تدخل كطرف بالدعوى وتثبت عدم ارتكاب المؤمن له لأي خطأ وإن للمتضرر من العمل الطبي الحق بأن يعرض على أساس التضامن الوطني، وذلك لأن شروط هذا التعويض متوافرة.

<sup>3</sup>- Lambert-Faivre Y., *La responsabilité médicale: la loi du 30 décembre modifiant la loi du 4 mars 2002*, D., 2003, chr. 361.

(4)- يكون الاختصاص للقاضي المدني إن رفعت الدعوى على مؤسسه صحية خاصة، والقاضي الإداري إن رفعت على مؤسسة صحية عامة.

<sup>5</sup>- Mémeteu G., *Cours de droit médical*, op. cit., p. 533-534.

كما يمكن للمتضرر إن رفض العرض المقدم له من قبل شركة التأمين معتقداً عدم كفايته أن يقيم الدعوى أمام القاضي المختص، الذي إن تبين له أن هذا العرض حقا غير كافٍ فإنه سيحكم على المؤمن<sup>(1)</sup> بأن يعيد للهيئة الوطنية المبلغ الذي دفعته للمتضرر وزيادة<sup>(2)</sup> ١% بدون المساس بالتعويضات والفوائد التي تم الاتفاق عليه<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثاني: حدود التزام الهيئة الوطنية بالتعويض عن الحوادث الطبية

لكن وعندما يعد المجلس الاقليمي رأيه مبيناً فيه ان التعويض يجب أن يتم على أساس التضامن الوطني، فإن الهيئة الوطنية للتعويض عن الحوادث الطبية (Office national d'indemnation des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales)<sup>(3)</sup>، تلتزم بالقيام باجراءات التعويض وتلتزم بتحديد المبلغ الذي يجب أن يدفع للمتضرر<sup>(4)</sup>.

ومع ذلك فإن دعوى الحلول يحتمل ان تقام من قبل الهيئة الوطنية ضد الشخص الذي يعتبر مسؤولاً عن الأضرار إلا ان هذه الدعوى لا يمكن أن تمارس من قبل الهيئة عندما يتم التضامن الوطني وفقاً للمادة L-1142-1-1<sup>(5)</sup> إلا إذا تبين بأن أصل الضرر يمكن أن يعزا إلى خطأ ثابت يحقق المسؤولية لا سيما التقصير في التنظيمات الموضوعة التي تلتزم بها المؤسسة الصحية ضد العدوى المستوصفية، فإنه في هذه الفرضية فقط يمكن ان تقام دعوى الحلول من الهيئة ضد من تجده مقصراً بذلك فعندها فإن افتراض المسؤولية عن هذا الفعل لا يكون له محل لأنه قد ثبت تقصير المؤسسة في اتخاذ الاجراءات لمنع حصول العدوى المستوصفية<sup>(6)</sup>.

ويمكن بالمقابل، للمتضرر أو لخلفه العام أن يقيم دعوى قضائية ضد الهيئة عندما لا تقدم هذه الأخيرة عرضاً للمتضرر للتعويض عما أصابه من ضرر خلال أربعة أشهر، وكذلك يمكن له إقامة الدعوى عندما لا يقبل العرض المقدم له من قبل الهيئة، واللجوء للقضاء يتم بحسب الاختصاص القضائي، فالمتضرر في مؤسسة صحية خاصة يقيم الدعوى على الهيئة أمام القاضي المدني، على الرغم من أن المجلس هي مؤسسة ادارية من المؤسسات العامة، وفي كل الأحوال فإن عدم التوصل إلى حل النزاع ودياً يعني لجوء الأطراف إلى القضاء حيث لا يمكن حرمان المتضرر من حق اللجوء للقضاء المختص في الدعوى وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية ضد مربي الصحة أو المؤسسة التي يقدر أنها السبب بإصابته بالضرر، ويمكنه في الوقت نفسه أن يلجا إلى المجلس الإقليمي للصالح والتعويض، بشرط أن يعلم كل من القاضي والمجلس أو الهيئة الوطنية إذ وصل إليها رأي المجلس الإقليمي بأن المتضرر يطالب المجلس بالتدخل وأنه بالوقت نفسه قد رفع الدعوى القضائية<sup>(7)</sup>، وتبدو وتبدو أهمية إعلام الهيئة الوطنية ضرورياً لأنها من المحتمل أن تحل محل المؤمن المقصر في أداء مبلغ التأمين أو أن يبين

(1)-لقد أكدت المادة ١٤ - ١١٤٢ L في الفقرة الأخيرة منها من قانون الصحة العامة لبلد الدولة عندما تمارس النشاط المتعلق بأعمال الوقاية والتشخيص والعناية فإنها تخضع لنفس الالتزامات التي تخضع لها شركات التأمين بالأحوال التي تم لنا عرضها.

(2)-نظير المادة ٩ - ١٤٠ - ١١٤٢ L من قانون الصحة العامة.

(3)-تتكون الهيئة من رئيس تتم تسميته لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة ويأخذ عند تعيينه مقترح وزير الصحة كما يتم اختيار نائب عنه من بين الأعضاء ويكون من بين الأعضاء أحد عشر عضواً يمثلون الدولة وتسعة أعضاء يعينهم وزير الصحة نظير المادة ٤٢ - ١١٤٢ R والمادة ٤٣ - ١١٤٢ R.

(4)-تعد هذه الهيئة مؤسسة إدارية موضوعة تحت سلطة وزير الصحة الفرنسي، ويتم تمويلها من خلال المخصصات التي تدفع من قبل منظمات التأمين للمرضى حيث يتم تعويد المبلغ كل عام من خلال قانون تمويل الضمان الصحي أنظر المادة ٢٢ - ١١٤٢ L من قانون الصحة العامة الفرنسي.

<sup>5</sup>-Vialla F. et Jonquet N., La perversion de la solidarité nationale et déresponsabilisation des acteurs de santé. , Recueil Le Dalloz - n°43/7096, 5 décembre 2002, p.3211-3213.

(٦)-نظير المادة 17-1142 L-الفقرة الأخيرة.

(٧)-نظير المادة ٧ - ١١٤٢ L والمادة ١٩ - ١١٤٢ L من قانون الصحة العامة.

للقاضي أن المتضرر يستحق التعويض على أساس التضامن الوطني، كما يمكن للقاضي نفسه عند نظر الدعوى وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية الطبية أن يقدر أن المتضرر يستحق التعويض على أساس التضامن الوطني فعندها يستدعي الهيئة الوطنية التي يمكن أن تدخل خصماً بالدعوى (مدعى عليه) والذي لا يمكنه الرجوع إلى المؤمن أو المؤسسة الصحية إلا إن أثبتت خطأهم<sup>(1)</sup>.

### الخاتمة

عُدَّ التعويض في نطاق المسؤولية المدنية حقاً للمتضرر يبدأ مع سلوك يوصف بخطأ يرتكبه الطرف الثاني في العقد أو بفعل ضار يرتكبه شخص، فكل خطأ ينتج عنه ضرر يوجب التعويض، وجوهر المسؤولية المدنية هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر.

ولأن الإمكانية المالية لمرتكب الخطأ المسبب للضرر قد لا تكون كافية لجبر الضرر؛ لجأ إلى التأمين من المسؤولية المدنية لدى شركات تأمين تغطي مسؤولية المؤمن له، الذي إذا استطاع أن يثبت أنه لم يرتكب خطأ فإن شركة التأمين لن تلزم بدفع مبلغ التأمين للمتضرر، لذا لجأ المشرع الفرنسي إلى مفهوم التعويض الجماعي في مختلف الأنشطة بما يمكن أن نلاحظه من التعويض بسبب الحوادث الطبية، التي أصبحت متواترة بشكل كبير في المستشفيات الفرنسية بسبب تعقد هذا النشاط، ولأن إجراء عناية بسيطة للمريض قد يتطلب مروره على عدد كبير من مهني الصحة، قد تبدأ بالكشف السريع في الطوارئ ثم تحويل المريض للطبيب المختص ويتخلل ذلك إجراء تحليلات طبية في مختبرات المستشفى وأخذ أشعة والانتظار في أماكن في المستشفى مع مرضى قد تنقل له عدوى مرض غير مصاب به قبل مجيئه للمستشفى. كل ذلك سيجعل تحديد من المسؤول المباشر عن الضرر أمراً شبه مستحيل أحياناً. لذا وبعد أن ألزم المشرع الفرنسي كافة مهني الصحة بإجراء تأمين على مسؤوليتهم الطبية فإنه شرع قانون التعويض عن الحوادث الطبية؛ لأن إمكانية عدم تحديد المسؤول أمر وارد، بل ولتسهيل التعويض سعى أولاً لتشكيل مجلس مختص بإعلام المتضرر من حادث طبي بمدى حقه بالتعويض دون حاجة المتضرر للجوء إلى القضاء إن لم يرغب بذلك، بل وسهل إجراءات التعويض.

وبذلك يكون هذا القانون انتقاله نوعية في التعويض لا يمكن اغفالها، فالمشرع الفرنسي لم يرد التخفيف من مسؤولية مهني الصحة، بل نظر لشخص المتضرر محاولاً جبر الضرر دون أن يتم ذلك من خلال محدث الضرر، لذا جعل الأصل أن يبدأ التعويض الجماعي من لحظة عدم القدرة على إثبات خطأ أحد ممن تدخل في العمل العلاجي.

وبعد صدور القانون الاتحادي رقم ٤ لسنة ٢٠١١ بشأن المسؤولية الطبية، والذي أعاد التأكيد على وجوب تأمين المنشأة الصحية على المسؤولية المدنية ضد الأخطاء الطبية لدى شركة تأمين معتمدة، إلا أنه لم يأت على ذكر لحالة الحوادث الطبية التي قد تحصل في المستشفيات الصحية العامة والخاصة بصورة صريحة، بل كما يبدو لنا أنه من خلال المادة ١ من هذا القانون والتي نصت في الفقرة ٢ على الإعفاء من المسؤولية الطبية عن الضرر الذي يحدث للمريض بسبب خارجي وكذلك الإعفاء من المسؤولية الطبية عن الأضرار غير المتوقعة في مجال الممارسة الطبية غير الناجمة عن الخطأ الطبي والمذكورة في الفقرة ٤ من ذات المادة، فالغالب أن الحوادث الطبية والصدف العلاجية يمكن أن تدخل في نطاق هذا النص مما سيؤدي لظهور فراغ تشريعي لذا فإن التوصيات تتمثل في الآتي:

(1) - ينظر المادة ٢١ - ١١٤٢ L من قانون الصحة العامة.

أولاً: وجوب الاهتمام بالمتضرر أكثر من الاهتمام بمحدث الضرر، فلم يعد مهماً البحث عن الخطأ بل الأولوية يجب أن تعطى لجبر الضرر، فأياً كانت الأحوال وجب أن يعرض المتضرر عن طريق هيئة مختصة تمثل المؤسسات الصحية، ثم تعود بعد ذلك على محدث الضرر بالحلول مع الوفاء.

ثانياً: إنشاء صندوق تشرف عليه هذه الهيئة يغطي المسؤولية الطبية لمهني الصحة في حالة عدم وجود تأمين كافٍ أو عدم تحقق المسؤولية الطبية، وأن لا يمنع من أن تؤمن كل مؤسسة صحية عن مسؤوليتها المدنية بشكل منفرد، إلا أن الأموال التي تحفظ في هذا الصندوق وفي حالة بقائها فانه من الممكن أن تُدور للعام الذي يليه أو على الأقل تصرف في مجالات أخرى خاصة بالمؤسسات الصحية التي ساهمت بإنشائه .

ثالثاً: أولوية تخصيص الأموال التي تجمع في هذا الصندوق لأجل تغطية الأضرار الناجمة عن أضرار طبية لم يُعرف من ارتكبتها كالحوادث الطبية والصدف العلاجية أو بسبب أخطاء طبية لا يمكن أن تُغطى من خلال شركات التأمين لأي سببٍ كان أو أن تدفع للمتضرر وبشكل مستعجل تعويضات تجبر الضرر بشكل عاجل في حالة تأخر شركة التأمين عن دفع مبلغ التأمين.

رابعاً: توسيع إختصاص لجنة المسؤولية الطبية المنصوص عليها في المادة ١٨ من القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١١ بشأن المسؤولية الطبية، فكما انها مختصة ببيان وقوع خطأ طبي من عدمه وبيان مدى جسامته هذا الخطأ، يمكن أن تختص بتقدير التعويض المناسب الذي تلتزم شركة التأمين بدفعه للمتضرر بسبب الخطأ الطبي، وبذلك يُختصر وقت حل النزاع دون الحاجة للجوء للقضاء، وهذا سيُسرع إجراءات التعويض دون حاجة المتضرر للولوج في دعوى قضائية هو في غنى عنها.

#### قائمة المصادر والمراجع

##### أولاً- المصادر العربية:

##### ١. الكتب القانونية:

- محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين، بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠١.

##### ٢. البحوث والمقالات:

- عدنان سرحان، تطوير نظام التعويض عن إصابات العمل بين التوقيع والحلول الجذرية، مجلة الشريعة والقانون، العدد ٣١ لسنة ٢٠٠٧.

- عدنان سرحان، ضمانات العامل في التعويض عن إصابات العمل في القانون الإمارات منشور في مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد الرابع في ديسمبر من عام ٢٠١٤.

##### ثانياً- المصادر الفرنسية:

##### ١- الكتب القانونية (Ouvrages)

- Laude A., Mathieu B., Tabuteau D., Droit de la santé, Thémis droit PUF., 3 édition.
- Dorsner-Dolivet A., La responsabilité du médecin, Pratique du droit, economica, 2006.
- Ewvald F., Formation de la notion d'accident du travail , Sociologie du travail, 1981.
- Jean P. et Herzog V., Commission de conciliation et droit des patients, Berger-Levrault, 2001.

- Mémeteau G., Cours de droit médical, 3e éd., Les Etudes hospitalières, 2006.
- Roland H., Starck B., Boyer L., Obligations, contrat , 4 éd 1993, Litec.
- TuncA ,La responsabilité civile ,2<sup>ème</sup> congrès internationale de morale médicale , O.N.M.paris, 1966,ordre nationale des médecins,T I .

#### ٢- الرسائل الجامعية (Thèses)

- Fortunet M., L'émergence de la notion d'aléa thérapeutique , - Mémoire DEA, Droit de la santé ,Aix-en-provence , 2001.
- Laroche H., Les concours de responsabilité civiles, Thèse de droit, Université François - Rabelais de Tours, 2014 .
- Lydia Morlet ,L'influence de l'assurance accidents corporels sur le droit privé de l'indemnisation, thèse en droit privé 2003.

#### ٣- التقارير والملفات الرسمية (Rapports et documents officiels)

- Huriet C. et autres ,Proposition de loi n° 277 relative à l'indemnisation de l'aléa médical et à la responsabilité médicale , rapport fait au nom de commission des affaires sociales la 19 avril 2001.<https://www.senat.fr/rap/100-277/100-2770.html>

#### ٤- الدوريات والمقالات - Articles, Chroniques

- Cadeau E. et Mémeteau G., Les avis des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation , La Revue générale de droit médical, 2004, n° 13 .
- Chartier Y., Accidents de la circulation, Rec. Dalloz, N° spécial hors série, 1986, n° 145,151.
- Jean-Pierre AUDINOT, Jacques GARNIER, Universalis, « ASSURANCE - Histoire et droit de l'assurance », Encyclopædia Universalis:<http://www.universalis.fr/encyclopedie/assurance-histoire-et-droit-de-l-assurance/>
- Harichaux M.,Commentaire de normes, à propose de la loi du 4 mars 2002, RD Sanit. Soc.,2002, n° 4.
- Hocquet-Berg S.,Commentaire des arrêts rendus par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 29 juin 1999 en matière d'infection nosocomiale, Gaz. Pal, 5-6 avril 2000.
- Lambert-Faivre Y., La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité, fondement et portée des clauses réclamation de la victime, D., 1992, chr., 14
- Lambert-Faivre Y., La responsabilité médicale: la loi du 30 décembre modifiant la loi du 4 mars 2002, D., 2003, chr. 361.
- Lenoir R., La notion d'accident du travail: un enjeu de luttes,Actes de la recherche en sciences sociales, 1980 Volume 32 Numéro 1 .
- Mémeteau G., La nouvelle responsabilité médicale, loi du 4mars 2002 relative aux droits du malade et à la qualité du système de santé , Journal de médecine légale droit médical, 2002, Vol .45 n°6.
- Pouilloux D., MÉMOIRES D'ASSURANCES, p. 14 et s.<https://www.ffsa.fr/sites/upload/docs/application/pdf/2011-02/extraitmemoiresassurances.pdf>
- Groutel H., Indemnisation sans égard à la responsabilité et interprétation de la loi du 5 juillet 1985: la longue marche, Les Cahiers de droit, vol. 39, n°2-3, 1998.

- Guigue J., Aléa thérapeutique: le droit privé peut-il s'aligner sur la jurisprudence du conseil d'état ? Gaz .pal ,22-23 mars 2000.
- Radé C., La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, in responsabilité civile et assurances, éd, du juris – classeur, mai 2002.
- Viney G., La clause dite de réclamation de la victime en assurance de responsabilité , J.C.P., 1994, I, 3378
- Vialla F. et Jonquet N., La perversion de la solidarité nationale et déresponsabilisation des acteurs de santé. , Recueil Le Dalloz - n°43/7096, 5 décembre 2002.

## الحقوق والحريات والواجبات في ظل التعديل الدستوري الجزائري لعام ٢٠١٦ م . د. سلطاني ليلة فاطمية

أستاذة محاضرة ب بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجبلاي ليايس بسيدي بلعباس (الجزائر)

### مقدمة:

يعرف الدستور على أنه: "هو الوثيقة الدستورية التي تتضمن القواعد القانونية الدستورية التي تنظم نظام الحكم في الدولة، السلطات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية فيها. من حيث التشكيلة والاختصاص والعلاقة بينهم. و حقوق وحريات الأفراد".<sup>1</sup>

وتتنوع الدساتير الدول من حيث التدوين إلى دساتير مكتوبة وأخرى عرفية. ومن حيث التعديل إلى دساتير جامدة وأخرى مرنة.<sup>2</sup> ويعد الدستور الجزائري من الدساتير المكتوبة والجامدة في نفس الوقت، وهذا يعني أنه يعدل بإجراءات تختلف عن تعديل القوانين العادية، ينص عليها الدستور في الدولة.<sup>3</sup>

وحول حديثنا عن التعديل الدستوري الجزائري لعام ٢٠١٦ م<sup>4</sup>، فهو جاء بمبادرة من رئيس الجمهورية<sup>5</sup>. و تدخل المجلس الدستوري عن طريق رأي معلل<sup>6</sup> ومصادقة البرلمان<sup>7</sup> ودون عرضه على الاستفتاء الشعبي. وهي نفس الطريقة التي عرفتها التعديلات الأخرى لدستور سنة ١٩٩٦ م<sup>8</sup>. بداية من التعديل الدستوري لسنة ٢٠٠٠ م<sup>9</sup> ثم لعام ٢٠٠٠ م<sup>10</sup>، أي

<sup>1</sup> عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دار المعارف، القاهرة، ١٩٦٦ م ص ٢٦٠.

<sup>2</sup> حسني بوديار، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ٢٠٠٣ م، ص ٨٥ و مابعدھا.

<sup>3</sup> مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار بلقيس للنشر، ٢٠١٤ م، ص ٨٢.

<sup>4</sup> الصادر بالقانون رقم ٠١/١٦ المؤرخ في ٦ مارس ٢٠١٦ م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم ١٤، الصادرة في ٧ مارس ٢٠١٦ م. حيث فصل مجلس الوزراء في ٢ ماي ٢٠١١ م في الأسلوب الذي سيتبع في إعداد مشروع التعديل الدستوري القادم وذلك بتبنيه لأسلوب اللجنة ذات الاختصاص التي سيقوم رئيس الجمهورية بتعيينها وسيرفع إليها اقتراحات الأحزاب والشخصيات الوطنية ثم طرح المشروع على المجلس الدستوري ثم بقية الإجراءات. وقد عين رئيس الجمهورية بتعيينها وسيرفع إليها اقتراحات الأحزاب والشخصيات الوطنية ثم طرح المشروع على المجلس مشروع التعديل ثم تم بدء المشاورات بقيادة السيد بن صالح ثم السيد احمد اويحي تم أعلن رئيس الجمهورية بعد ذلك عن مسودة المشروع التمهيدي للتعديل الدستوري.

<sup>5</sup> رأي المجلس الدستوري رقم ١٦/٠١ رت د/م د المؤرخ في ٢٨/٠١/٢٠١٦ المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد رقم ٠٦ المؤرخة في ٣ فيفري ٢٠١٦ م.

<sup>6</sup> مرسوم رئاسي رقم ٤٦/١٦ المؤرخ في ٣٠ يناير ٢٠١٦ المتضمن استدعاء البرلمان المنعقد بغرفتيه. جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم ٦ المؤرخة في ٣ فيفري ٢٠١٦ م، ثم صادق البرلمان في ٢٠١٦/٠٢/٧ على هذا المشروع. تم أصدره رئيس الجمهورية في ٧ مارس ٢٠١٦ م بمقتضى القانون رقم ١٦/٠١، المؤرخ في ٦/٢٠١٦/٣ م السابق الذكر.

<sup>7</sup> المرسوم الرئاسي رقم ٤٣٨/٩٦ المؤرخ في ٧ ديسمبر ١٩٩٦ م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم ٧٦ المؤرخة ٨ ديسمبر ١٩٩٦ م.

<sup>8</sup> القانون رقم ٠٣/٠٢ المؤرخ في ١٠ افريل ٢٠٠٢ م المتضمن التعديل الدستوري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم ٢٥ المؤرخة في ١٤ افريل ٢٠٠٢ م.

<sup>9</sup> القانون رقم ١٩/٠٨ المؤرخ في ١٥ نوفمبر ٢٠٠٨ م المتضمن التعديل الدستوري الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد رقم ٦٣ المؤرخة ١٦ نوفمبر ٢٠٠٨ م.

دون العرض على الاستفتاء الشعبي . التعديلات هذه أدخلت لتكرس ثلاثة أهداف، أولها مرتبط بحماية رموز الثورة و ترقية كتابة التاريخ و تدريسه، وثانيها متعلق بترقية حقوق المرأة السياسية، في حين كان الهدف الثالث منصب على السلطة التنفيذية من حيث تمكين رئيس الجمهورية من الترشح لأكثر من عهدة رئاسية مع إعادة النظر في تنظيم السلطة التنفيذية من الداخل<sup>1</sup>.

وما يتوافق مع ورقتنا البحثية هذه ، هو الهدف الثاني المنصب على ترقية الحقوق السياسية المرأة و هذا ما كرسته المادة<sup>3</sup> مكرر التي نصت على : " تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة.

يحدد القانون العضوي كليات تطبيق هذه المادة "، وهذا ما هو إلى تعزيز للإصلاحات التي تعرفها الدولة الجزائرية منذ ١٩٩٩ م . وتمكين المرأة من ممارسة حقوقها السياسية . وتجسيدا لمبدأ المساواة بين المواطنين و تأكيداً على إرادة الدولة الجزائرية في العمل على ترقية حقوق المرأة تنفيذاً لالتزاماتها الدولية<sup>2</sup> ، و ذلك بمضاعفة حظوظها في النيابة في المجالس المنتخبة بشكل يعكس مكانتها الحقيقية في المجتمع واعترافاً بتضحياتها و مساهمتها في الثورة المسلحة و المأساة الوطنية . و تأكيداً على ذلك صدر القانون العضوي رقم ٣٦ المؤرخ في ٢٠١٢ م المحدد لكليات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة. بحيث و ضع الآليات التي يتحقق بها ذلك<sup>3</sup> . ودخل هذا القانون حيز التنفيذ بمناسبة الانتخابات التشريعية و المحلية لعام ٢٠١٢ م و هو ما سمح بارتفاع حصة العنصر النسوي داخل الهيئات المنتخبة بفضل نظام الحصص الإجباري و الذي يعتبر بمثابة تمييز ايجابي مرحلي<sup>4</sup>.

لم تقف مبادرة رئيس الجمهورية عند هذا الحد ، بل تم تعديل الدستور الجزائري مرة ثالثة و هو ما حدث فعلاً في عام ٢٠١٦ م<sup>5</sup> بالإجراءات المذكورة سابقاً . و الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد، ما هو الثابت و المتغير في ظل التعديل الدستوري الأخير و المتعلقة بمجالات الحقوق و الحريات والواجبات ؟.

للإجابة عن هذا الإشكال القانوني ، لابد من إجراء دراسة تحليلية لمواد الدستور الجزائري المعدل في سنة ٢٠١٦ م من جانبها الموضوعي و المتعلقة بالحقوق و الحريات و كذا الواجبات . وعلى هذا الأساس سنحاول توضيح ذلك من خلال مبحثين ، سنتطرق من خلال المبحث الأول إلى : الحريات و الحقوق في ظل التعديل الدستوري. وفي المبحث الثاني : الواجبات في ظل التعديل الدستوري .

**المبحث الأول : الحريات و الحقوق في ظل التعديل الدستوري.**

الحق هو : "سلطة يعترف بها القانون لشخص تثبتت له قيمة أو يكون مستحقاً لها بطريق مباشر أو غير مباشر على سبيل الامتياز في مواجهة الغير ، يتحدد مداها و طبيعتها بحسب نوع العلاقة الاجتماعية المعبر عنها أو نوع الحق"<sup>1</sup> . أما

<sup>1</sup> انظر عمار عباس ، «التعديلات الدستورية في الجزائر من التعديل الجزئي إلى الإصلاح الدستوري الشامل دراسة لإجراءات التعديل القادم و مضمونه» ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية ، العدد ١٢ ، الصادر في جوان ٢٠١٤ . ص ٩٦-١٠٨ .  
<sup>2</sup> من ذلك مثلاً اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة ١٩٧٦ م و التي انضمت إليها الدولة الجزائرية بتحفظ بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم ٥١/٩٦ المؤرخ في ٢٢ يناير ١٩٩٦ م .  
<sup>3</sup> صدر هذا القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد الأول، ٢٠١٢/٠١/١٤ م .  
<sup>4</sup> للمزيد انظر عمار عباس ، المرجع السابق ، ص ١٠١ .

الحرية فهي: " الحق في فعل أي شيء تسمح به القوانين"، إذن الحق و الحرية عملة واحدة لوجهين. هذه الحقوق قد تكون فردية و قد تكون جماعية. و بالرجوع إلى ديباجة الدستور نجدتها تنص في الفقرة<sup>١</sup> على أن: " أن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية...". و لقد وسع التعديل الدستوري الجزائري لسنة ٢٠١١ م في مجال الحقوق و الحريات و هذا في إطار تدعيم دولة الحق و القانون و نال هذا المجال بذلك حصة الأسد من هذا التعديل<sup>٢</sup>. ومن خلال هذه النقطة سنحاول الوقوف على ذلك من خلال مطلبين، المطلب الأول: الحقوق و الحريات الفردية. والمطلب الثاني: الحقوق و الحريات الجماعية.

### المطلب الأول: الحقوق و الحريات الفردية.

لقد أكد التعديل الدستوري على كفالة الحقوق و الحريات الفردية سواء كانت هذه الحقوق اجتماعية أو ثقافية أو اقتصادية من هذه الحقوق التي أقرها التعديل<sup>٣</sup> مايلي:

#### أ-التعديلات المتعلقة بالحقوق الاجتماعية:

لقد اهتم التعديل الدستوري الأخير بالجانب الاجتماعي من خلال عدة زوايا تخص فئات المجتمع المختلفة و هذا كله في إطار احترام، مبدأ العدالة الاجتماعية و مبدأ المساواة في المعاملة بتجاوز كل الفوارق بين الطبقات، من ذلك:

- حقوق المرأة: إضافة إلى التعديل الذي أورده المشرع الجزائري في عام ٢٠٠٠ م و المتعلق بالمادة<sup>٣</sup> مكرر السابقة الذكر<sup>٤</sup> و نظام الحصص الإجباري - نظام الكوتا في المجالس المنتخبة - كمظهر للتمييز الايجابي الذي أكدته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز، استحدث المشرع الدستوري في التعديل<sup>٥</sup> ٢٠١١ مادة جديدة وهي المادة<sup>٣</sup> نصت على: " تعمل الدولة على ترقية التناصف بين النساء و الرجال في سوق التشغيل. و تشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات و الإدارات العمومية و على مستوى المؤسسات".<sup>٦</sup> هذه المادة تهدف إلى تعزيز مبدأ المساواة في الشغل من خلال إقرار عمل الدولة على ترقية المرأة في تولي المسؤوليات و تعد كتكملة لبقية النصوص الدستورية المتعلقة بالمرأة و هذا ما يعزز من حقوقها و يدعم مشاركتها الفعلية في مجالات الحياة المختلفة.

- حقوق الأطفال و المسنين و المعاقين: لمواصلة جهود الدولة في مجال تنفيذ إلزاماتها الدولية<sup>٦</sup>. فالطفل بسبب عدم نضجه البدني و العقلي يحتاج إلى إجراءات وقائية و رعاية خاصة. خاصة في زمن كثر فيه التشغيل و الاعتداء على هذه الفئة العمرية بطرق شتى ولذا تسعى الدولة إلى مجاهدة ذلك من خلال منع التشغيل و قمع العنف ضده. فالعنف هو

<sup>١</sup> عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دار الهومة، الجزائر، ٢٠١١، ص. ١٧.

<sup>٢</sup> الحقوق و الحريات هي في الفصل الرابع من الباب الأول من الدستور الجزائري في المواد: من المادة ٣٢ إلى المادة ٧٣.

<sup>٣</sup> بداية من الفقرة ١٤ من ديباجة الدستور المعدل ٢٠١٦ م: "يظل الشعب الجزائري متمسكا بخياراته من أجل الحد من الفوارق الاجتماعية و القضاء على أوجه التفاوت الجهوي، ويعمل على بناء اقتصاد منتج و تنافسي في إطار التنمية المستدامة و الحفاظ على البيئة".

<sup>٤</sup> أصبحت بمقتضى تعديل عام ٢٠١٦ المادة رقم ٣٥.

<sup>٥</sup> نلاحظ وجود عدة مواد من الدستور قد كرسست المساواة بين الرجل و المرأة بداية من المادة ٣٢ التي تنص: " كل المواطنين سواسية أمام القانون".

ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي". ثم المادة ٣٤ التي تنص: "تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين و المواطنات في الحقوق و الحريات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان و تحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية".

<sup>٦</sup> لاسيما الاتفاقية الشارعة و هي اتفاقية حقوق الطفل التي اعتمدت و عرضت للتوقيع و التصديق و الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٤٤/٢٥ المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩ م، تاريخ بدء النفاذ في ٢ سبتمبر ١٩٩٠ م، صادقت عليها الجزائر في ١/٢٦/١٩٩٠ م. عرفت المادة الأولى منها الطفل بقولها: "لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه". و البروتوكولين الاختياريين في ماي ٢٠٠٠م الأول يمنع إشراك الأطفال في النزاعات المسلحة. و الثاني يبيع الأطفال و يبعث الأطفال و استغلال الأطفال في المواد الإباحية و البروتوكول الاختياري الثالث ديسمبر ٢٠١١ م المتعلق بإجراء تقديم البلاغات.

سلوك عمدي موجه نحو هدف سواء لفظي أو غير لفظي و يتضمن مواجهة الآخرين ماديا أو معنويا و هو مصحوب بتعبيرات تهديدية و لها أساس غريزي.

و يجسد العنف ضد الأطفال أحد أبرز مظاهر إهمال الأطفال، ويتم تحديده بناء على الثقافة السائدة و العوامل الاقتصادية و السياسية للمجتمع و قد يكون هذا بالإيذاء البدني أو النفسي أو الجنسي . كما تلزم الدولة بحماية الأطفال إضافة إلى أسرة و المجتمع . و هذا كله يستند إلى مبدأ العدالة الاجتماعية . و يحق للطفل الالتحاق بالتعليم العمومي المجاني على قدم المساواة . كما تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب . كما تضمن التعديل حماية و التكفل من الدولة و الأسرة للأشخاص المسنين و المعاقين وتمكينهم من حياة عيش كريمة<sup>1</sup>.

-حقوق الشباب: تعد شريحة الشباب من أهم المرتكزات لتحقيق التنمية و الازدهار داخل الدولة وخارجها، إذ هي قوة بشرية تضاف إلى القوى الأخرى داخل أي مجتمع، يهدف إلى مساندة ركب الدول المتطورة . و لقد أكد المشرع الدستوري على أهمية هذه الفئة و لأول مرة ، لما لها من دور في تحقيق التنمية بمختلف أنواعها ، بداية بما نصت عليه ديباجة الدستور المعدل في ٢٠١١ في فقرتها الخامسة عشر : " إن الشباب في صلب الالتزام الوطني برفع التحديات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية ، ويظل إلى جانب الأجيال القادمة المستفيد الأساسي من هذا الالتزام " . كما جاءت المادة ٣٧ تدعيما لما أقرته الديباجة ، حيث نصت على : " الشباب قوة حية في بناء الوطن .

تسهر الدولة على توفير كل الشروط الكفيلة بتنمية قدراته و تفعيل طاقاته " . كما نص المؤسس الدستوري على

استحداث هيئة استشارية تسمى بمجلس الأعلى للشباب تقوم باختصاصات متعلقة بكل ما يخص فئة الشباب<sup>2</sup> . و من خلال ذلك تؤكد عزم الدولة الجزائرية على رفع التحديات المختلفة لفائدة هذه الفئة أسوة بما قدمه جيل ثورة التحرير المجيدة و ما بذله من تضحيات جسام في سبيل الوطن و تحفيزا لمواصلة المسارات بمزيد من المسؤولية و الثقة لهذه الفئة .

- حقوق العمال: تنص الدساتير الجزائرية على حق المواطن في العمل و يضمن القانون إضافة إلى حق العامل في الحماية و الأمن و النظافة حق آخر يتمثل في حق العامل في الضمان الاجتماعي و ترقية التمهين و استحداث مناصب الشغل .

-الحق في البيئة: لقد تدارك المؤسس الدستوري الحق في بيئة سليمة في هذا التعديل . باعتبار الحق في البيئة من الحقوق التي تضمنها الجيل الثالث من حقوق الإنسان أو ما اصطلح عليه بالحقوق التضامنية التي تعكس التأزر و التكتاف بين الدول<sup>3</sup> . كما أكد التعديل الجزائري من خلال مادته الجديدة المادة 68 التي تنص ، على الحق المواطن في بيئة سليمة و الحفاظ عليها واجبات الأشخاص الطبيعية و المعنوية لحمايتها ، إذ أن الحفاظ على موارد الطبيعية وحماية البيئة يعتبران من الشروط الأساسية للتنمية المستدامة.

<sup>1</sup> انظر المادة ٧٢ من الدستور المعدل .

<sup>2</sup> حيث تنص المادة ٢٠٠ على هذه المجلس طبيعته و تشكيله: " يحدث مجلس أعلى للشباب ، وهو هيئة استشارية توضع لدى رئيس الجمهورية . يضم المجلس ممثلين عن الشباب وممثلين عن الحكومة و عن المؤسسات العمومية المكلفة بشؤون الشباب " . أما المادة ٢٠١ نصت على اختصاص هذا المجلس : " يقدم المجلس الأعلى للشباب آراء و توصيات حول المسائل المتعلقة بحاجات الشباب و ازدهاره في المحال الاقتصادي و الاجت ماعي و الثقافي و الرياضي .

كما يساهم المجلس في ترقية القيم الوطنية و الضمير الوطني و الحس المدني و التضامن الاجتماعي في أوساط الشباب " .

بن عط الله بن علي ، الحماية الدولية للحق في البيئة ، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد ٢ ، جوان ٢٠١٣

<sup>3</sup> انظر بن عط الله بن علي ، «الحماية الدولية للحق في البيئة» ، مجلة جيل حقوق الإنسان، العدد ٢ ، جوان ٢٠١٣ ، ص ٥٩ . على الموقع

الإلكتروني :/jilrc-magazines.com

-الحق في السكن: تشجع الدولة على انجاز المساكن و تعمل على تسهيل حصول الفئات المحرومة على السكن طبقا للمادة المستحدثة وهي المادة<sup>٦٤</sup>.

ب-الحقوق و الحريات الاقتصادية: لقد اعترف التعديل الدستوري بجملة من الحقوق الاقتصادية من ذلك إضافة لحرية التجارة حرية الاستثمار و إعادة الاعتبار للمستهلك من خلال ضمان حقوق المستهلكين و دسترة قانون الضبط السوق . وفي إطار ممارسة حرية الاستثمار و التجارة . حيث تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال و تشجيع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية .بالإضافة إلى إن القانون يمنع الاحتكار و المنافسة غير النزيهة . تماشيا مع مانصت عليه المادة<sup>٤٣</sup>.

ج- الحقوق و الحريات الدينية و الثقافية و العلمية :

كحرية ممارسة الشعائر الدينية في إطار القانون و وحرية التعبير بما في ذلك حرية الصحافة بمختلف أنواعها المكتوبة والسمعية و البصرية و على الشبكات الإعلامية بل أصبحت غير مقيدة بأي شكل من أشكال الرقابة الردعية المسبقة شريطة عدم استغلال هذه الحرية للمساس بكرامة الغير و حرياتهم و عدم إخضاع جنة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية<sup>١</sup> بل الأكثر من ذلك .إضافة إلى حق جديد و هو الحق في الحصول على المعلومة المادة<sup>٥١</sup> .كما أنه وتكريسا لحماية التراث الثقافي أقر المشرع الدستوري حقا جديدا هو الحق في الثقافة للمواطن و هو ما أشارت إليه المادة<sup>٤٥</sup> . كما أنه في مجال ضمان حرية الابتكار الفكري و الفني و العلمي و حقوق المؤلف تعمل الدولة على ترقية البحث العلمي و تمييزه خدمة للتنمية المستدامة للأمة.<sup>٢</sup>

- الحق في محاكمة عادلة: تكريسا لالتزامات الدولية لاسيما مبدأ المساواة أمام القانون كتطبيق له مبدأ المساواة أمام القضاء باعتبار أن الجهات القضائية حامية للحقوق و الحريات تكفل احترام القانون و تعاقب كل من يعتدي على الحقوق و الحريات ، نص التعديل الدستوري على ضمان المحاكمة المنصفة وكذلك منع الحجز أو الحبس في الأماكن التي لا ينص عليها القانون . و منع الحجز أو الحبس في الأماكن غير المقررة قانونا و إلزامية إبلاغ الشخص الموقوف بحقه في الاتصال بعائلته إلى جانب إلزامية الفحص الطبي للقصر.<sup>٣</sup>

بالإضافة إلى نص المؤسس الدستوري على هذه الحقوق والحريات ،أسس آلية جديدة لحماية هذه الحقوق و الحريات . هي المجلس الوطني لحقوق الإنسان و هو هيئة استشارية يوضع لدى رئيس الجمهورية ، و يضطلع بمجموعة من الاختصاصات في إطار حقوق و حريات الإنسان<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> انظر المادة ٥٠ من الدستور .

<sup>٢</sup> انظر المادة ٤٤ من الدستور الجزائري الفقرة الأخيرة .

<sup>٣</sup> انظر المواد من ٥٦ - ٦١ .

<sup>٤</sup> تنص المادة ١٩٨ على : " يؤسس مجلس وطني لحقوق الإنسان، يدعى في صلب النص "المجلس" ويوضع لدى رئيس الجمهورية، ضامن الدستور. يتمتع المجلس بالاستقلالية الإدارية والمالية. " أما المادة ١٩٩ تنص على مايلي: "يتولى المجلس مهمة المراقبة والإنذار المبكر والتقييم في مجال احترام حقوق الإنسان.

يدرس المجلس، دون المساس بصلاحيات السلطة القضائية، كل حالات انتهاك حقوق الإنسان التي يعاينها أو تُبلّغ إلى علمه، ويقوم بكل إجراء مناسب في هذا الشأن. ويعرض نتائج تحقيقاته على السلطات الإدارية المعنية، وإذا اقتضى الأمر، على الجهات القضائية المختصة. يبادر المجلس بأعمال التحسيس والإعلام والاتصال لترقية حقوق الإنسان. كما يبدي آراء واقتراحات وتوصيات تتعلق بترقية حقوق الإنسان وحمايتها. يعدّ المجلس تقريرا سنويا يرفعه إلى رئيس الجمهورية، وإلى البرلمان، وإلى الوزير الأول، وينشره أيضا. يحدد القانون تشكيلة المجلس وكيفيات تعيين أعضائه والقواعد المتعلقة بتنظيمه وسيره.

## المطلب الثاني: الحقوق والحريات الجماعية .

إن المواد المعدلة و المنضمة لحق التظاهر السلمي في إطار القانون واحترام كرامة الغير و حقوق الأحزاب السياسية المعتمدة و إحالة تحديد شروط إنشاء الجمعيات والتزامات الأحزاب إلى القوانين العضوية إنشاء الجمعيات والاجتماع و التجمع و الديمقراطية التساهمية على مستوى الهيئات المنتخبة ونظام الانتخابات و عدم تقييد الحقوق المدنية والسياسية للمواطن إلا بموجب قرار مبرر من السلطة القضائية . ويظهر ذلك من خلال مايلي :

### أ- حقوق المعارضة البرلمانية:

لقد استحدثت المؤسس الدستوري الجزائري مادة جديدة كرست حقوق المعارضة البرلمانية وهي المادة ١١ من الفصل الثاني المعنون بالسلطة التشريعية من الباب الثاني المعنون بتنظيم السلطات. هذه التعديلات التي تمنح للمعارضة السياسية مركزا دستوريا من احل إعطاء دفع للحياة السياسية و تعزيز الديمقراطية الحزبية في الجزائر . وبالرجوع إلى هذه المادة وذلك بغية التأكيد على المشاركة الفعلية في الأشغال البرلمانية و في الحياة السياسية من هذه الحقوق حرية الرأي و التعبير و الاجتماع الاستفادة من الإعانات المالية الممنوحة للمنتخبين في البرلمان ، إخطار المجلس الدستوري .

### ب - حقوق الأحزاب السياسية:

حق إنشاء الأحزاب السياسية معترف به و مضمون . ولا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو

لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي . يحدد التزامات وواجبات أخرى قانون عضوي <sup>١</sup> .

الأحزاب السياسية تستفيد بحقوق حدتها مادة مستحدثة و هي المادة ٥٣ . هذه الحقوق هي حرية الرأي و التعبير و الاجتماع ، للأحزاب حيز زمني في وسائل الإعلام العمومية يتناسب مع تمثيلها على المستوى الوطني ، تمويل عمومي عند الاقتضاء يرتبط بتمثيلها في البرلمان كما يحدده القانون ، ممارسة السلطة على الصعيدين المحلي و الوطني من خلال التداول الديمقراطي وفي إطار أحكام الدستور . كما يحدد القانون كيفية تطبيق هذا الحكم .

### ج - حريات جماعية أخرى :

لقد كفل المؤسس الدستوري إضافة لما كان من حرية إنشاء الجمعيات و حرية التجمع ، حق جديد من الحقوق الجماعية لم تنص عليه الدساتير السابقة و هو حق في التظاهر السلمي للمواطن في إطار القانون و هذا طبقا لما نصت عليه المادة الجديدة <sup>٤</sup> .

## المبحث الثاني: الواجبات في ظل التعديل الدستوري .

بالرجوع إلى التعديل الدستوري، نجد أن المؤسس الدستوري تناول الواجبات في الفصل الخامس من الباب الأول المعنون بالمبادئ العامة لم يتناول مواد جديدة فيما يخص الواجبات و إنما ابقى على البعض كما هي و أضاف للبعض الأخر <sup>٢</sup> سنحاول معالجة هذه التعديلات في مطلبين ، المطلب الأول: واجبات الفرد في اتجاه الدولة ككيان . والمطلب الثاني: واجبات الفرد في اتجاه الغير .

<sup>١</sup> انظر المادة ٥٢ من التعديل الدستوري لسنة ٢٠١٦ م .

<sup>٢</sup> انظر المواد من: المادة ٧٤ إلى المادة ٨٣ من الدستور الجزائري .

### المطلب الأول: واجبات الفرد اتجاه الدولة ككيان.

القانون ليس ضرورة اجتماعية فقط، بل ضرورة سياسية، ذلك أن الدولة كظاهرة سياسية حتى يسود الأمن بين أفرادها وحتى تمارس سلطتها و حتى تنظم العلاقة بين الحاكم والمحكوم وجب أن تسن من القوانين ما يحكم جميع أشكال هذه العلاقات وغيرها. ومن الواجبات الدستورية في هذا الصدد:

#### أ - واجب عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

يعتبر مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون: من أهم المبادئ المكرسة دستوريا كفلها المؤسس الدستوري الجزائري في كافة الدساتير وهذا ما أكدته مثلا المادة<sup>٧</sup>: "لا يعذر بجهل القانون.

يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية". وهي نفس المادة<sup>٦</sup> من دستور<sup>١٩٩٦</sup> م. وفقا لهذا المبدأ إذا ظهرت قاعدة قانونية للوجود مستمدة رسميتها من المصادر القانون فإنها تسري في حق المخاطبين بها، المشمولين بأحكامها، سواء علموا بها أو لم يعلموا فلا يجوز الاحتجاج بعدم العلم بالقانون ولأن فتح هذا المجال يعني ببساطة تطبيق القانون على فئة دون أخرى وهو ما يخل بمبدأ المساواة للأفراد أمام القانون وبناء على ذلك فإن توقف تطبيق القاعدة القانونية على مسألة العلم من شأنه أن يفتح أبوابا كثيرة للأفراد ويمكنهم بسهولة ويسر الإفلات والخضوع لحكم القانون تحت قناع ومبرر الجهل بالقاعدة القانونية وبذلك تعم الفوضى ويعرف المجتمع عدم الاستقرار ويفقد القانون نتيجة ذلك أحد أهم وظائفه وأهدافه وحفظ النظام العام وبعث الاستقرار الاجتماعي. إلا أنه لا يمكن تطبيق المبدأ بصفة مطلقة دون أن ترد عليه أي استثناء مثلا كالقوة القاهرة.<sup>١</sup>

#### ب - واجب الحفاظ على استقلال البلاد وسيادتها وحماية رموز الدولة والملكية العامة: تنص المادة<sup>٧٥</sup> من

التعديل الدستوري لعام<sup>٢٠١١</sup> م على مايلي: " يجب على كل مواطن أن يحيي ويصون استقلال البلاد وسيادتها وسلامة ترابها الوطني ووحدة شعبيها وجميع رموز الدولة.

يعاقب القانون بكل صرامة على الخيانة والتجسس والولاء للعدو، وعلى جميع الجرائم المرتكبة ضد أمن الدولة." وهي نفس المادة<sup>٦</sup> من دستور<sup>١٩٩٦</sup> م باستثناء إضافة عبارة ووحدة شعبيها. وإشراك المواطن في حماية وحدة الشعب وواجبه في الحفاظ على مصالح المجموعة الوطنية وعدم المساس بها لعرفانا للروح الوطنية للشعب الجزائري. وهذا ما أكدته المادة<sup>٧٦</sup> بقولها: "على كل مواطن أن يؤدي بإخلاص واجباته تجاه المجموعة الوطنية.

التزام المواطن إزاء الوطن وإجبارية المشاركة في الدفاع عنه، واجبان مقدّسان دائمان. تضمن الدولة احترام رموز الثورة، وأرواح الشهداء، وكرامة ذوبهم، والمجاهدين. وتعمل كذلك على ترقية كتابة التاريخ وتعليمه للأجيال الناشئة."

ولم يقف المؤسس الدستوري عند هذا الحد، بل اقر واجب حماية الملكية العامة استنادا إلى المادة<sup>٨</sup> بقولها:

يجب على كل مواطن أن يحيي الملكية العامة، ومصالح المجموعة الوطنية،....". وهي ذاتها المادة<sup>٦٦</sup> من دستور<sup>١٩٩٦</sup> م.

<sup>١</sup> انظر في هذا الشأن عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية - النظرية العامة للقانون و تطبيقاتها في التشريع الجزائري، جسور للنشر و التوزيع، ط ٣، الجزائر، ٢٠٠٧، م ١٨٦، ص ١٨٦.

### ج - واجب الخضوع للضريبة:

اهتم المؤسس الدستوري بالضريبة باعتبارها وعاء لجلب الأموال ومشاركة المواطن الجزائري في الأعباء العامة.

و الضريبة تعرف على أنها: " مبلغ نقدي تجبر الدولة أو الهيئات العمومية المحلية الأشخاص على دفعه إليها بصفة نهائية ليس مقابل انتفاعه بخدمة معينة، وإنما لتمكينها من تحقيق منافع عامة ". فإن فرضها يهدف إلى تحقيق أهداف معينة يأتي في مقدمتها الغرض التمويلي باعتبارها مصدرا هاما للإيرادات العمومية بالإضافة إلى الأغراض السياسية والاجتماعية والاقتصادية. وتقوم الضريبة على مبادئ وهي تلك الأسس والقواعد التي يتعين على المشرع مراعاتها وهو بصدد تقرير النظام الضريبي في الدولة، وتهدف هذه المبادئ إلى التوفيق بين الممول والخزينة العمومية. من هذه المبادئ مبدأ العدالة بما يتضمنه من مبدأين هما: العمومية ويقصد بها خضوع جميع الأفراد والأموال إلى الضريبة. ومبدأ المساواة وهو ضرورة مراعاة المقدرة المالية للمكلف عند فرض الضريبة<sup>1</sup>. أكد المؤسس الدستوري الجزائري في تعديله الأخير، على واجب أداء الضريبة وعلى التحايل في الإخلال بمبدأ المساواة أمام الضريبة و التهرب الجبائي و تهريب رؤوس الأموال، بإقرار معاقبة القانون على كل فعل يرمي إلى التحايل على هذا المبدأ. وذلك أن الحفاظ على وحدة الشعب يقتضي إزالة جميع حالات التمييز في ممارسة الحقوق والواجبات و اعتبار أن الإخلال بمبدأ المساواة في أداء الضريبة و بواجب المشاركة في تمويل التكاليف العمومية من شأنه تقليص عمل السلطة العمومية في إزالة الفوارق و المساس بمبدأ التضامن و التكافل الاجتماعي<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني : واجبات الفرد في مواجهة الغير .

#### أ - واجب احترام حقوق الغير :

بالإضافة إلى حماية الملكية الخاصة، أكدت المادة ٧٨ على احترام حقوق الغير بقولها: "يمارس كل واحد جميع حريّاته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لاسيّما احترام الحقّ في الشرف، وستر الحياة الخاصّة، وحماية الأسرة والشّعبية والطّفولة"<sup>3</sup>. انطلاقا من هذه المادة فالحق في احترام الحياة الخاصة مرتبط بمجموعة من الحقوق :

الحق في اختيار نمط الحياة بحيث لا يجوز لأحد أن يتدخل في شؤونه أو يفرض عليه أسلوبا لا يوافقه و لكن عليه أن يتقيد في ممارسة حقه بما تفرضه الحياة الاجتماعية من واجب عدم الاعتداء على حريات الغير و حقوقهم فيما في ذلك الحق في السرية .. كما أن لكل شخص اعتبار و كرامة و سمعة أو تعبير أدق شامل شرف ، فللمعتدى على شرفه الحق في

<sup>1</sup> احمد زهير شامية و خالد الخطيب، المالية العامة، دار الزهرة للنشر و التوزيع، دمشق، ١٩٩٧، م.ص. ١٣١ .

<sup>2</sup> المادة ٧٨ من التعديل الدستوري ٢٠١٦ . تنص: " كلّ المواطنين متساوون في أداء الضريبة. ويجب على كلّ واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العموميّة، حسب قدرته الضريبية.

لا يجوز أن تُحدّث أيّة ضريبة إلا بمقتضى القانون.

ولا يجوز أن تُحدّث بأثر رجعيّ، أيّة ضريبة، أو جبائية، أو رسم، أو أيّ حقّ كيفما كان نوعه.

كل عمل يهدف إلى التحايل في المساواة بين المواطنين والأشخاص المعنويين في أداء الضريبة يعتبر مساسا بمصالح المجموعة الوطنية ويقمعه القانون.

يعاقب القانون على التهرب الجبائي و تهريب رؤوس الأموال " هذه المادة هي التي عدلت المادة ٦٤ من دستور ١٩٩٦ م التي نصت على: " كلّ المواطنين متساوون في أداء الضريبة.

ويجب على كلّ واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العموميّة، حسب قدرته الضريبية.

لا يجوز أن تُحدّث أيّة ضريبة إلا بمقتضى القانون.

ولا يجوز أن تُحدّث بأثر رجعيّ، أيّة ضريبة، أو جبائية، أو رسم، أو أيّ حقّ كيفما كان نوعه."

<sup>3</sup> هي نفس المادة ٦٣ من دستور ١٩٩٦ م

المطالبة بوقف الاعتداء عليه و بالتعويض عما لحق من ضرر و فضلا عن الحماية المدنية تلجا التشريعات عموما إلى تجريم بعض الأفعال الماسة بالشرف في تشريعاتها العقابية .

#### ب- واجب الحماية الأسرية :

إذا كانت الأسرة هي الخلية الأساسية لبناء المجتمع فإن إطار المحافظة على الروابط الأسرية و تحقيق التكافل الاجتماعي بين أطيافه قد كرسها القوانين الجزائرية على غرار التشريعات الوضعية المقارنة التي اهتمت بنظام الأسرة ويأتي في مقدمتها الدستور الذي أكد أن الأسرة تحظى بحماية الدولة والمجتمع، و إلزام المؤسس الدستوري كذلك الآباء بتربية الأبناء. و واجب الأبناء في ضمان مساعدة و رعاية آباءهم و هذا كله لتوطيد العلاقات الأسرية تحت طائلة المتابعات القضائية<sup>1</sup>.

كما يضمن كل من قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية والقانون المدني قواعد لتنظيم وبناء الأسرة ، أما قانون العقوبات فقد تضمن القواعد التي تكفل حماية الأسرة وتضمن احترام كافة حقوق أفرادها ومعاقبة كل من يتعدى على هذه الحقوق أو يخل بما يلزمه من واجبات.

#### ج- واجب عدم الاعتداء على الأجنبي:

بالرجوع إلى المادة ٣ من القانون رقم ١٠٨/١ المؤرخ في ٢٥ جوان ٢٠٠٠ م المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم فيها،<sup>2</sup> عرفت الأجنبي بأنه : " يعتبر أجنبيا ، كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أية جنسية " . و لقد حافظ التعديل الدستوري لعام ٢٠١١ م على المواد المتعلقة بالأجنبي من دستور ١٩٩٦ م وهي المواد ٦٧ و ٦٨ و ٦٩ إذ يتمتع الأجنبي بحقوق شخصية و مالية و منع الاعتداء عليها ، إذ تنقرر هذه الحماية لشخصه و أملاكه طبقا للقانون وهذا ما أكدته المادة ٨١ بقولها : " يتمتع كل أجنبي ، يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونيا ، بحماية شخصه و أملاكه طبقا للقانون"<sup>3</sup>. كما أضافت المادة ٨٢ بقولها : " لا يُسَلَّم أحد خارج التراب الوطني إلا بناء على قانون تسليم المجرمين وتطبيقا له"<sup>4</sup>. بل الأكثر من ذلك حتى الدستور الجزائري اللاجئ السياسي من الطرد او التسليم إذا كان يتمتع قانونا بحق اللجوء وهذا استنادا للمادة ٨٣ بقولها : " لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يسلم أو يطرد لاجئ سياسي يتمتع قانونا بحق اللجوء "<sup>5</sup>.

#### خاتمة :

أخيرا ، إن التكامل بين الحقوق و الواجبات في المجتمع الوطني و الحقوق و الواجبات بين الأجيال هي أساس المجتمع المتضامن . لذا نأمل لأن تصدر النصوص القانونية ذات طابع تشريعي بنوعها العضوي و العادي في مهلة قانونية معقولة لتفعيل كل هذه الحقوق و الواجبات . كما أن الحقوق و الحريات مهما تم التوسع فيها ، فإنها تبقى فارغة المحتوى في غياب ضمانات حمايتها .

<sup>1</sup> ما أكدته المادة ٧٩ من الدستور التي تنص : " تحت طائلة المتابعات، يلزم الأولياء بضمان تربية أبناءهم و على الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى إياهم و مساعدتهم "، إذ نصت المادة ٦٥ من دستور ١٩٩٦ م على مايلي : " يجازى القانون الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم و رعايتهم كما يجازى الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آباءهم و مساعدتهم .

<sup>2</sup> جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم ٣٦ المؤرخة في ٢٠٠٨/٠٧/٢٠ م .

<sup>3</sup> نفس المادة ٦٧ من دستور ١٩٩٦ م

<sup>4</sup> نفس المادة ٦٨ من دستور ١٩٩٦ م .

<sup>5</sup> نفس المادة ٦٩ من دستور ١٩٩٦ م .

و إن رغبة المؤسس الدستوري الجزائري القوية لتحقيق دولة الحق و القانون من خلال تعزيز الحقوق و الحريات والواجبات دفعه إلى توسيع دائرة إخطار المجلس الدستوري وهذا دليل على تأكيد الدولة الجزائرية إلى حماية حقوق وواجبات المواطن في دولته القائمة على دستور يكرس نظاما ديمقراطيا ، وذلك من خلال إقرار حق إخطار المجلس الدستوري بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعى احد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مأل النزاع ينتهك الحقوق و الحريات التي يتضمنها الدستور . و قانون العضوي يبين هذه المسألة . و نلاحظ أن المؤسس الدستوري أبقى على المجلس الدستوري كهيئة سياسية مهمتها الرقابة على دستورية القوانين<sup>1</sup> . و لم يأخذ بالرقابة على دستورية القوانين عن طريق هيئات قضائية كالمحكمة الدستورية كغيره من الدول التي انتهجت هذا التغيير من هيئة سياسية إلى هيئة قضائية<sup>2</sup> . وذلك حفاظا على تجربة المجلس الدستوري وخبراته في مجال الرقابة على الدستورية القوانين .

نقول أخيرا أن التعديل الدستوري مهما كان نوعه بسيط أو كبير فهو مجرد مجهود بشري معرض إلى الصواب أو الخطأ. وأي دستور لا يكون صالحا لكل مكان و زمان و إنما هو معرض للتغيير و التعديل مهما مر عليه الزمن .

انظر تعديلات المتعلقة بالمجلس الدستوري من خلال تنظيم و العمل و الجهات المكلفة بإخطاره.<sup>1</sup>  
<sup>2</sup> كدستور المملكة المغربية لسنة ٢٠١١ م الذي تبنى المحكمة الدستورية ، للمزيد انظر ، عبد الحق بلقفيه، « القضاء الدستوري بالمغرب -دراسة مقارنة-» مجلة مسالك في الفكر و السياسة و الاقتصاد ، المغرب -دار البيضاء -، ٢٠١٦ م ، ص.ص. ١٥-٦٠ . و المنصوري عبد الله ، ضوابط الرقابة على دستورية القوانين في الفقه الدستوري المقارن ، مجلة مسالك في الفكر و السياسة و الاقتصاد ، المغرب -دار البيضاء -، ٢٠١٦ م ، ص.ص. ١٠١-١١٢ .

## تحدي القضاء الجنائي الدولي الدائم للسيادة

الباحث بوزيد سراغني كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.

### ملخص

شهد النقاش القانوني حول المحكمة الجنائية الدولية (CPI) استقطاباً شديداً، بين مناصر ومعارض؛ ركزت حجج المعارضين، على تهديد المحكمة لسيادة الدول، بينما اعتبرها المناصرون تويجا لنضال طويل لإرساء عدالة جنائية دولية؛ تحارب الإفلات من العقاب وتحقق الردع المطلوب؛ ودعوا الدول المتوجسة، للانضمام لها والسعي لتحسين أداءها بتجنيبها المزالق السياسية، من خلال النضال داخل جمعية الدول الأطراف والمجتمع المدني، الدولي والمحلي، لتكون المحكمة أداة لتحقيق العدالة الجنائية الدولية؛ فالدول التي تكتوي بالانتهاكات هي دول العالم الثالث، خاصة الدول العربية، على رأسها فلسطين والعراق وسوريا؛ فوجود الـ(CPI) مصلحة أكيدة لها، تنتصف بها وتساهم في إخراجها من تخلف، عملت دول كبرى على استدامته.

### Résumé

La naissance de la cour pénal international (CPI) a digéré un débat juridique intense; l'ensemble des arguments contres, s'appuient sur sa menace à la souveraineté des États, tandis que d'autres la considèrent un couronnement d'une longue lutte pour l'instauration d'une justice criminelle internationale efficace; appelant les États méfiants à y adhérer et à améliorer son fonctionnement on luttant dans l'Assemblée des États parties et avec la société civile, internationale et locale, pour qu'elle soit un instrument fiable de la justice pénale internationale; car les victimes des violations graves sont les États du tiers monde, et en particulier les États arabes, et en premier lieu la Palestine, l'Iraq et la Syrie; l'existence de la (CPI) est un intérêt vital, accorde réparation, et contribue au développement.

### المختصرات

م. = المادة

(CPI) = المحكمة الجنائية الدولية

## مقدمة

تنوعت الآراء حول العولمة القانونية واختلفت، خاصة عولمة العدالة الجنائية من خلال إنشاء ال(CPI)، وشهد النقاش القانوني حولها استقطاباً شديداً بين المناصرين لها والمعارضين؛ حيث ساق كل فريق من الحجج ما يراه مناسباً لدعم موقفه وتقويته. وقد دارت مجمل الحجج، على تنوعها، حول مبدأ السيادة.

نحاول في هذا المقال تحري حقيقة هذه المسألة؛ حيث سنناقش حجج المعارضين (أولاً) على ضوء حجج المناصرين (ثانياً)، بعيداً قدر المستطاع عن تعويم الموضوع سياسياً، مع إقرارنا المسبق بصعوبة هذا، فالفصل بين السياسي والقانوني في مثل هذا الموضوع ليس بالأمر اليسير، وصولاً إلى تحديد الموقف الصحيح (ثالثاً).

### أولاً/حجج الرافضين لعولمة العدالة الجنائية

قدم المناهضون للعولمة الجنائية، جملة من الحجج لتبرير موقفهم الرافض لل(CPI)، تقدم اليوم كمبرر لعدم انضمام بعض الدول معاهدة روما وإحجام أخرى على إتمام إجراءات التصديق عليها. تتمثل هذه الحجج في:

١- القضاء، في العرف الدولي مظهراً سيادياً؛ يقتضي خضوع ساكنة إقليم الدولة لقضائها فقط، حيث تصدر الأحكام القضائية فيها باسم الشعب، لتعبر عن سيادته واستقلاله، وال(CPI)، تصدر أحكامها بغير اسم الشعب<sup>2</sup>، كما أن إعطاء نظام روما للمدعي العام صلاحية النظر في الجرائم، التي تختص بها، على أراضي أية دولة، طرفاً كانت في الميثاق أو غير طرف، في بعض الحالات، يعد انتقاصاً معيباً من هذه السيادة<sup>3</sup>.

٢- إنشاء هذه المحكمة يخالف مبدأ الاختصاص العالمي، بل سيسعى للقضاء عليه، كما أن هناك معاهدات تسليم قائمة بين الدول، كفيلة بمحاربة الإفلات من العقاب، فما الجدوى من ال(CPI)، كما أن وجودها مرتبط بالحروب ومبرر لها زمن السلم.

٣- العدالة في الواقع الدولي ذراعاً للسياسة. وإعطاء نظام ال(CPI) لمجلس الأمن سلطة الإحالة، وتمكينه من طلب تأجيل التحقيق أو إرجاء المحاكمة لمدة ١٢ شهراً\*، مع إمكانية تجديد هذا الطلب<sup>4</sup>، بحجة منعه من إنشاء محاكم جنائية مؤقتة أو خاصة\*، لكن ذلك لم يكن صحيحاً، فقد أنشأ العديد منها حتى بعد دخول ال(CPI) حيز التنفيذ<sup>1</sup>. وكأني بميثاق روما

<sup>1</sup> Etienne Goethals, « L'émergence du droit humanitaire et du droit pénal international », **Internalisation du droit, internalisation de la justice, 3<sup>ème</sup> congrès des COURS JUDICIAIRES SUPRÊMES FRANCOPHONES**, 21-23 juin 2010, Ottawa, Canada, p.115-116.

<sup>٢</sup> أنطوان أنطوان سعد، "مفهوم العدالة الجنائية الدولية"، متاح على:

<http://www.lebanese-forces.com/2011/04/15/137571/> (25/02/2016-13:11)

<sup>٣</sup> عبد السلام دحماني، "دراسة حول المسائل الحائلة دون انضمام الدول العربية إلى المحكمة الجنائية الدولية"، **المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع. ٢٠١٢-٢٠١٢، ص. ٦١.**

\* يذكر أن مجلس الأمن لجأ مرة واحدة فقط خلال السنوات الماضية، إلى ممارسة حقه في إرجاء التحقيق بموجب م (١٦)، بمناسبة عمليات الأمم المتحدة في البوسنة والهرسك، وقام مجلس الأمن في ٢٠٠٣ بتجديد طلبه الذي تضمنه قراره ١٤٢٢ (٢٠٠٢)؛ غير أنه في ٢٠٠٤ لم يتم تجديد الطلب بسبب معارضة إحدى الدول دائمة العضوية. أنظر: محمد هاشم ماقورا، "المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بمجلس الأمن"، **ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: الطموح- الواقع- الأفق**، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، ص. ٤٥.

<sup>٤</sup> محمد كمال رزاق بارة، "المحكمة الجنائية الدولية عناصر التحليل في الاختصاص النوعي ومسألة السيادة"، **ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: الطموح- الواقع- الأفق**، مرجع سابق، ص. ١٥.

\* اعتبر عدد من المتابعين أن المجلس كان يستعمل القضاء في الانتقام السياسي من الدول، مدللين على ذلك بجائزتين لا توجد بينهما فوارق من حيث التكيف القانوني وانطباق المعايير الإنسانية، فكل من الرئيس اليوغسلافي السابق ميلوسيفيتش وشارون متهم بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية؛ حيث اصدر المدعي العام لمحكمة جرائم الحرب الخاصة بيوغسلافيا السابقة بتاريخ ١٩٩٩/٠٥/٢٢ لائحة الاتهام ضد ميلوسيفيتش بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وانتهاكات لقوانين الحرب في كوسوفو؛ حيث عدته مسؤولاً عن ٧٤٠ ألفاً من ألبان كوسوفو وعن مقتل المئات، في حين

قد حرمّ نظام الحصانات على الدول وأعطاه لمجلس الأمن؛ حيث أن سلطة تجديد التأجيل لمرة غير محدودة يعني عمليا ممارسة فيتو على عمل المحكمة، ما يؤكد تبعية هيئة قضائية جنائية محايدة لهيئة سياسة، تحصن من تشاء وتعاقب من تشاء.

كما أن إحالة المجلس سوف تؤدي تلقائياً إلى سلب القضاء الوطني اختصاصه الأصلي في نظر الجريمة، ومن جهة أخرى فإن إحالة المجلس تسري على جميع الدول أطرافاً وغير أطراف في النظام الأساسي للمحكمة<sup>2</sup>، والأخطر من هذا وذاك هو تعطيل عمل المحكمة بإدخالها في متاهات السياسة<sup>3</sup>.

إن كل هذا لن يجعل من المحكمة إلا أداة للبطش والضغط السياسي\*، بيد قوى الهيمنة الدولية ضد الدول المستضعفة، التي ستكون موضوع عمل المحكمة ومهمتها الأولى والأخيرة<sup>4</sup>. يؤكد هذا سجل الـ(CPI) التي لم تنظر، إلا القضايا المتعلقة بالدول الإفريقية أساساً، وغضت الطرف عن جرائم كبيرة سببت مآسي إنسانية ضخمة "أثار حرب العراق ٢٠٠٣ بقيادة بوش وبليز"، مع ذلك بقي مقترفوها بعيداً عن سلطان المحكمة<sup>5</sup>؛ فالمحكمة أريد لها أن تكون شعاراً يعبر عن اهتمام المجتمع الدولي بالعدالة، أكثر من تعبيرها عن الرغبة الصادقة في إرساء العدالة والكشف عن الحقيقة<sup>6</sup>.

شكلت قضية دارفور دليلاً عملياً عن حقيقة الدور الذي يطلع به مجلس الأمن في تسييس الـ(CPI).

٤- رغم تأكيد ميثاق روما على إعطاء الأولوية للقضاء الوطني باعتماد مبدأ التكميل القضائي، فإن أحكاماً أخرى فيه ألغت هذه الأولوية وجعلت من المحكمة سلطة عليا فوق الدول، منها أن م. (٢)، الخاصة بمبدأ عدم جواز المحاكمة على الجريمة ذاتها مرتين، لم يقرر حجية مطلقة للأحكام الصادرة عن المحاكم الوطنية، بخصوص الجرائم الدولية، وإنما فرض عليها رقابة، بهذا فإن المحكمة ليست مكتملة للولايات القضائية، وإنما هي جهاز قضائي يراقب الولايات القضائية الوطنية فيما تختص به. كما أن الدولة غير الطرف، والتي أعلنت تعاونها مع المحكمة، سوف تخضع للباب التاسع من نظام المحكمة، خاصة المادة (٩٨٧ و٩٨٧) التي تقضي بتدخل مجلس الأمن وجمعية الدول الأطراف في حالة عدم امتثالها لطلب التعاون مع المحكمة<sup>7</sup>.

وجهت إلى شارون تهمة ارتكاب مذبحه صبرا وشاتيلا (١٩٨٢)، أين قتل نحو ٦٠٠ شخص. هذه الاتهامات الأخيرة انتهت إليها لجنة كاهانا، المشكلة في أعقاب المذبحة وعدت للجنة شارون، وزير الدفاع وقتها، مسؤولاً شخصياً عن المذبحة. ففي حين اهتم المجمع الدولي كثيراً بضرورة تسليم ميلوسيفيتش إلى المحكمة الجنائية ودفع بكل جهوده نحو الضغط على يوغسلافيا لإرغامها على ذلك؛ حيث علق الاتحاد الأوروبي ومن خلفه الولايات المتحدة الأمريكية تقديم المساعدات المالية إليها على مدى تعاون السلطات اليوغسلافية مع المحكمة؛ لتهوم يوغسلافيا بتسليم رئيسها السابق بتاريخ ٢٨/٠٦/٢٠٠١؛ أي قبل يوم واحد من انعقاد مؤتمر الدول المانحة في بروكسل، الذي أقر مساعدات بمليار دولار إلى يوغسلافيا كمكافأة. وغض المجتمع الدولي الطرف عن النداءات المتكررة بتقديم الإرهابي شارون للمساءلة القانونية. أنظر: حلا نعيمة، "لمحة عن المحكمة الجنائية الدولية والعقبات التي تعيق عملها"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، مرجع سابق، ص. ١٠.

عبد السلام الطيف، "المحكمة الجنائية الدولية بين الإرادة والجبرية - مصادرة للسيادة أم حماية للسيادة؟"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، مرجع سابق، ص. ١٢.

٢ محمد عزيز شكري، "موقف الدول العربية من المحكمة الجنائية الدولية"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، مرجع سابق، ص. ١٠.  
٣ نجيب بن عنز عوينات وخالد بن عبد الله الشافي، "المحكمة الجنائية الدولية وسيادة الدول"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع. ٠٢-٢٠١٤، ص. ٦٤.

\* نفس الحجة تدرعت بها الولايات المتحدة الأمريكية لعدم الانضمام للمحكمة. أنظر: عبد الحسين شعبان، الإنسان هو الأصل مدخل للقانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ٢٠٠٢، ص. ١٤٠.

٤ دايانا جونستون، "العدالة من أجل السلم أم من أجل الحرب؟ المحكمة الجنائية الدولية لجمهورية يوغسلافيا السابقة كسابقة للمحكمة الجنائية الحالية"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: الطموح- الواقع- الأفاق، مرجع سابق، ص. ٩.

٥ James MOUANGUE KOBILA, L'AFRIQUE ET LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES PÉNALES, Centre Thucydide, Université Panthéon-Assas (Paris II), France, 2012, p. 55.

٦ دايانا جونستون، مرجع سابق، ص. ٧.

٧ عبد السلام الطيف، مرجع سابق، ص. ٥-٦.

٥- تعارض ميثاق روما مع دساتير بعض الدول، في مسألتين أساسيتين، حصانات المسؤولين ونظام العفو، معتقدة أن العدالة طريق السلام الأكيد والوحيد؛ حيث لا تعترف الـ(CPD) بحصانات الرؤساء والملوك وكبار المسؤولين<sup>١</sup>، إضافة لامتياز العفو، وترى فيهما بوابتين قانونيتين لتكريس الإفلات من العقاب، بينما تحفل دساتير بعض الدول بنصوص تحصن الرؤساء والملوك ضد أية مساءلة أو متابعة قضائية، زيادة على ذلك تمنحهم امتيازاً بمنح العفو على من يشاء من المحكوم عليهم من القضاء الوطني<sup>٢</sup>.

إن العفو وسيلة قانونية مهمة جداً في إطار سياسات المصالحة المجتمعية الوطنية، بالنسبة للدول الخارجة من نظم شمولية وترغب التأسيس لنظام ديمقراطي؛ كما حدث في جنوب إفريقيا مثلاً<sup>٣</sup>؛ التي اختارت التعامل مع معضلة التمييز العنصري عبر لجان الحقيقة والعفو وليس من خلال المحاكم<sup>٤</sup>، معتقدة أن العفو هو طريق السلام والوحدة الوطنية؛ وقد بينت التجربة نجاح ذلك؛ حيث استطاعت البلاد تجنب حرب الأهلية. إن تحريم ميثاق روما لنظام العفو، رغم جدواه، يعد مساساً بمقتضيات السيادة الوطنية.

٦- بعض مواد ميثاق الـ(CPD) قد يشكل مساساً بالأمن القومي للدول؛ حيث نصت م.٢/٤) على أنه "للمحكمة أن تمارس وظائفها وسلطاتها، على النحو المنصوص عليه في هذا النظام الأساسي، في إقليم أية دولة طرف، ولها، بموجب اتفاق خاص مع أية دولة أخرى، أن تمارسها في إقليم تلك الدولة." ويجوز للمدعي العام إجراء التحقيق في إقليم الدولة عنوة عنها وفقاً للباب التاسع، أو بالإذن من الدائرة التمهيدية<sup>٥</sup>، كما قررت م.٥) أن تقوم الدولة الطرف، التي تتلقى طلباً بالقبض الاحتياطي أو طلباً بالضبط والإحضار، بالقبض فوراً على المطلوب، وهو ما أكدت عليه م.١/٨)، وأضافت فقرتها الثالثة أن على الدولة السماح بنقل المقبوض عليهم عبر إقليمها ليتم تسليمهم إلى المحكمة بواسطة دولة أخرى، كما قررت م.٤/٩) للمدعي العام أن ينفذ مباشرة طلب المساعدة فوق إقليم أية دولة طرف<sup>٦</sup>، دون حضور سلطات هذه الأخيرة، إذا كان ذلك ضرورياً لتنفيذ الطلب.

## ثانياً/ حجج المؤيد لعولمة العدالة الجنائية

رد المؤيدين لعولمة العدالة الجنائية على أسانيد الراضين لها، كالآتي:

١- علينا التذكير بحقيقة أن السيادة المطلقة، لم يعد لها وجود في عالم اليوم؛ حيث ارتضت الدول التنازل عن جزء من سيادتها لصالح السيادة العالمية، لتشكيل الأسرة الدولية، وعبرت دساتيرها عن هذه الحقيقة حينما اعترفت بسمو القانون الدولي على قوانينها الوطنية.

<sup>١</sup> المادة (٢٧) من نظام روما الأساسي تنص على : " ١- يطبق النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون تمييز بسبب الصفة الرسمية. وبوجه خاص، فالصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلماناً أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها، سبباً لتخفيف العقوبة.

٢- لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص."

<sup>٣</sup> عبد السلام دحماني، مرجع سابق، ص. ٦١.

<sup>٤</sup> محمد كمال رزاق بارة، مرجع سابق، ص. ١٥.

<sup>٥</sup> دايانا جونستون، مرجع سابق، ص. ١.

<sup>٦</sup> م.٣/٥٧) من نظام روما.

<sup>٦</sup> حمدي رجب عطية، "العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحكمة الوطنية"، ملئقي حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، مرجع سابق، ص. ٦-٧.

لقد ولدت الـ(CPI) من خلال معاهدة دولية، ارتضت الدول طواعية الانخراط فيها، وبالتالي فإن الـ(CPI) ليست محكمة فوق دولية، بل هي جزء من النظام القانوني للدول الأطراف، وليست بديلاً عن القضاء الوطني ولا تمس السيادة؛ حيث تعمل وفق القوانين المتفق عليها، التي لا تتناقض بأي حال من الأحوال مع القوانين الوطنية للدول الأطراف.

٢- إن القول بأن العالم ليس بحاجة إلى الـ(CPI)، بحجة أن عملها مرتبط بالحرب، قول فيه مغالطة كبيرة، لأن الجرائم التي تختص بها المحكمة يمكن أن ترتكب في حالتي الحرب والسلم، فجريمتي التعذيب والاختفاء القسري اللتين تختص بهما المحكمة<sup>1</sup>، لا ترتبطان بحالة الحرب فقط\*.

إن وجود الـ(CPI)، يشكل أداة مهمة لحفظ النظام الدولي العام؛ فاختصاصها، النوعي والإقليمي، يحقق الردع العام<sup>2</sup>. كما أنها تعيد الاعتبار لمبدأ الحق في اللجوء إلى القاضي الطبيعي\*، هذا الحق الذي انتهكته المحاكم الدولية المؤقتة والخاصة<sup>3</sup>.

٣- إن مجلس الأمن لما أحال الوضع في دارفور إلى الـ(CPI) بموجب القرار<sup>1593</sup>(١٥٩٠)، اعتمد على المواد ١٢/٢ و ٣٩ و ٤١ من ميثاق الأمم المتحدة. أما بخصوص إلزام القرار للسودان بالتعاون الكامل مع الـ(CPI)؛ رغم أنه ليس طرفاً في نظامها الأساسي، فإن المجلس اعتمد أيضاً على ميثاق الأمم المتحدة، التي يعد السودان أحد أعضائها؛ فالمادة ١٢/٢ منه، توجب على الأعضاء قبول قرارات مجلس الأمن وتنفيذها.

يلاحظ أن المجلس استخدم لفظ إحالة (أي تقديم شكوى)، وبالتالي فهو لم يلزم المحكمة بقبول الدعوى، لأن المحكمة بإمكانها أن ترفض الدعوى ولو تمت الإحالة من المجلس، إذا تبين أن موضوع الشكوى يخرج عن اختصاصها من حيث الموضوع أو الزمان أو المكان أو الأشخاص. ولها الحق أن تقبلها بغض النظر عن مكان ارتكاب الجريمة، وبغض النظر عن جنسية مرتكبيها، طالما أن المجلس هو الذي أحال الحالة<sup>5</sup>.

مما تقدم يمكننا القول أن قرار مجلس الأمن مقبول من الناحية القانونية؛ نظراً لصدوره من جهة مختصة، وبالإلية المقررة.

<sup>1</sup> يمكن مطالعة م. (١/٧/٠٥، ط) من ميثاق روما.

\* كشفت بعض المراكز الحقوقية المصرية عن حالات عديدة للاختفاء القسري في مصر، بعد الانقلاب على أول رئيس مدني منتخب ديمقراطياً، بشها دة منظمة العفو الدولية. وقد تصاعد الحديث عن هذه الظاهرة عقب مقتل الطالب الإيطالي "جولي روجيني" في القاهرة بداية العام الحالي؛ حيث تدل الوقائع على أن الطالب قد خطفته قوى الأمن وعذبته حتى الموت، ثم ألقى به في على إحدى الطرق في القاهرة. إيطالي كذبت الرواية المصرية، التي قالت أن الطالب تعرض لحادث سير؛ إلا أن الطب الشرعي الإيطالي أكد أن الموت كان نتيجة التعذيب الشديد. وقد نشرت جريدة إيطالية حالات موثقة عن جرائم الاختفاء القسري في مصر، بلغ عدد ٣٩٦ حالة. أنظر:

<http://www.corriere.it/reportages/esteri/2016/regeni-scomparsi-egitto/> (05/04/2016-11:25)

<sup>2</sup> شني فؤاد، العدالة الجنائية وحقوق الإنسان في إجراءات الحماية الدولية القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠١١، ص. ٢٠٦-٢٠٥.

\* القاضي الطبيعي كل قضاء ينشأ ويحدد اختصاصه بقانون، وفي وقت سابق على نشوء الدعوى وفق معايير موضوعية مجردة وبصفة دائمة، ومشكل من قضاة مهنيين يتوافر لهم العلم بالقانون والدراية بأحكامه، وتتحقق فيهم الشروط والضمانات القانونية، وخاصة الاستقلال المحصن ضد العزل، ويطبق القانون العادي على إجراءات وموضوع الدعوى، وتكفل أمامه كافة حقوق الدفاع وضماناته الكاملة، كما يوفر الطعن في أحكامه بالطرق المقررة قانوناً. أنظر: المرجع نفسه، ص. ١٢٦-١٢٧.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص. ٢١.

<sup>4</sup> Résolution (1593), disponible sur (09/08/2016-10 :56):

[http://iccforum.com/media/background/darfur/2005-03-31\\_UN\\_Security\\_Council\\_Resolution\\_1593\\_\(French\).pdf](http://iccforum.com/media/background/darfur/2005-03-31_UN_Security_Council_Resolution_1593_(French).pdf)

<sup>5</sup> محمد هاشم ماقورا، مرجع سابق، ص. ٦٦.

٤- مراعاة لمقتضيات السيادة، جاء اختصاص (CPI) مكملا لاختصاص القضاء الوطني ولا يسمو عليه، دون الإخلال بهدف تقليل الحصانات والإفلات من العقوبة؛ فالمحاكم الوطنية هي صاحبة الاختصاص الأصيل في نظر الدعاوى الخاصة بالجرائم الدولية، ويكون حكمها حائزا لقوة الشيء المقضي به، فاختصاص (CPI) يقوم على مبدأ الاختصاص الجنائي الإقليمي، وليس على أساس نظرية عالمية الاختصاص الجنائي؛ حيث تم اعتماد مبدأ التكميل القضائي، كآلية توفر "عدم معاقبة الشخص على ذات الجريمة مرتين"؛ إحدى أهم ضمانات المحاكمة العادلة.

غير أنه يجب التمييز بين حظر تكرار المحاكمة وبين إجراء إعادة فتح ملف القضية، الذي قد يؤدي إلى إجراء محاكمة جديدة بناء على ظروف مستجدة، كظهور أدلة جديدة أو اكتشاف مخالفات إجرائية خطيرة، أدت إلى إدانة المتهم أو تبرئته، وهذا هو الذي قد تقوم به (CPI)، إذا ثبت أن المحاكمة الوطنية شابها عيوب، جعلتها مجرد محاكمة صورية، تهدف إلى التبرئة أو الإدانة لأسباب سياسية. على الجانب الآخر، وتأكيدا على عدم محاكمة الشخص مرتين بنفس الجرم، لا يجوز بالنسبة للأشخاص الذين حاكمهم (CPI)، أن يحاكموا، فيما بعد، على التهم نفسها أمام المحاكم الوطنية.

يتبين أن (CPI) لم تصدر اختصاص المحاكم الوطنية، وإنما وضعت ضوابط تمثل ضمانات لمحاكمات حقيقية، تراعي معايير المحاكمة العادلة، ولا تجعل من المحاكمات الوطنية بوابة للإفلات من العقاب، وهذا في رأينا شيء يحمد لنظام روما.

٥- كانت حصانة الرؤساء والقادة العسكريين، مرتكبي الجرائم الدولية، سببا مباشرا في الحد من فاعلية القانون الدولي؛ حيث سرعان ما يتحول هؤلاء، مع كل حديث عن المساءلة، إلى أبطال قوميين يتمتعون بالحصانة ويستحقون العفو، فهم حماة الشعب حراس الوطن<sup>1</sup>.

إذا كانت الحصانة قد جعلت كضمانة لأداء الوظائف بحرية واستقلال<sup>2</sup>، فإنها لا تعني الإفلات من العقاب، ذلك أن خطورة الجرائم المحددة في م.9 (٩) من نظام روما، هي التي دفعت، في رأينا، المجتمع الدولي إلى إسقاط هذه الحصانة، خاصة وأنها في معظمها جرائم دول.

في نفس الاتجاه ذهب الباحث "صام الياس" في خلاصة بحثه، إلى وجوب إعادة النظر في نطاق الحماية الدستورية المقررة لرؤساء الدول؛ بغرض موازمتها مع متطلبات القانون الدولي، بإدراج ارتكاب الجرائم الدولية ضمن الحالات التي توجب متابعتهم، وتحديد طرق وإجراءات التنازل عن الحصانات الدستورية للرئيس المتهم بارتكابها، مع التأكيد على أولوية المحاكم الوطنية<sup>3</sup>.

جاء إقرار نظام روما، لعدم الاعتداد بالصفة الرسمية<sup>4</sup>، كخطوة باتجاه رفع الحصانة عن مرتكبي الجرائم الدولية أو المتسببين فيها؛ حتى يمكن متابعتهم؛ حيث قضى بمساءلة القائد العسكري جنائيا، عن الجرائم التي يرتكبها الجنود

<sup>1</sup> محمد سمصار، مسؤولية الرؤساء والقادة أمام القضاء الدولي الجنائي، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٥، ص. أ.

<sup>2</sup> عارف خليل أبو عيد، "الحصانات الدبلوماسية بين الإسلام والقانون الدولي، دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع. ٣٥، ص. ٤٣٢.

<sup>3</sup> صام الياس، المركز الجزائري لرئيس الدولة في القانون الدولي وفي القانون الدستوري، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، ٢٠١٣، ص. ٢٥٦.

<sup>4</sup> نصت م. (٢٧) من الميثاق على:

١. يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية. وبوجه خاص، فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيسا لدولة أو حكومة أو عضوا في حكومة أو برلمان أو ممثلا منتخبا أو موظفا حكوميا، لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل، في حد ذاتها، سببا لتخفيف العقوبة.

الخاضعون لسلطته؛ فقد أقرت م(١٢) بالمسؤولية الجنائية للقائد العسكري أو الشخص القائم فعلاً بأعمال القائد العسكري، عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، المرتكبة من جانب قوات تخضع لإمرته وسيطرته الفعليتين أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليتين، حسب الحالة، نتيجة لعدم ممارسة القائد العسكري أو الشخص سيطرته على هذه القوات ممارسة سليمة، ولا يخل كذلك باختصاص المحكمة في مقاضاة شخص ما كون ذلك الشخص قد تلقى أوامر من رئيسه للقيام بأعمال تعد انتهاكاً لقواعد القانون الدولي؛ حيث لا يرفع ذلك المسؤولية الجنائية عن الشخص بشأن المخالفات التي قام بها<sup>١</sup>.

كما بين النظام الأساسي أنه لا يعف أي متهم من المسؤولية، إذا أجرم امتثالاً لأمر حكومة أو رئيس، عسكرياً كان أو مدنياً، إلا في ثلاث حالات على وجه الحصر، هي:

- إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني.

- إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع.

- إذا لم تكن عد مشروعية الأمر ظاهرة<sup>٢</sup>.

كما أن مسألة العفو التي تتشبت بها بعض الدساتير، وترى فيها مظهراً سيادياً، تشكل فعلاً باباً قانونياً لإفلات من العقاب، خاصة في ظل نظم استبدادية، لا تعبر اهتماماً كبيراً للدستور في تدبير شؤون شعوبها.

يقوم الحظر الدولي على قرارات العفو عن الجرائم التي يشملها القانون الدولي والانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان على واجب الدول في أن تحقق في هذه الجرائم وعقاب مرتكبيها، وكذلك على حق الضحايا في معرفة الحقيقة وجبر الضرر. لذا تعتبر قرارات العفو عن الجرائم التي يشملها القانون الدولي، الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب والتعذيب والاختفاء القسري وعمليات الإعدام خارج القانون، زيادة على أن قرارات العفو عن الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان وجرائم الحرب تشكل خرقاً للقانون الدولي العرفي والقانون الدولي للمعاهدات، حتى عندما يكون الغرض منها تهئية الظروف المواتية لتسهيل المصالحة الوطنية<sup>٣</sup>.

أوضحت معاهدات حقوق الإنسان بجلاء التزام الدول الأطراف بضمان إجراء تحقيق في الجرائم ومقاضاة مرتكبيها، وكذلك بضمان حق الضحايا في الانتصاف وفي معرفة الحقيقة والتماس سبل الجبر. وتشمل هذه الاتفاقيات، الاتفاقية

٢. لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو الدولي، دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص.

جدير بالذكر أن المختصين قد أشاروا، بعد الثناء الكبير على أهمية هذه المادة في إرساء العدالة الجنائية الدولية، إلى وجود تناقض بينها وبين م(٩٨) من الميثاق؛ حيث يرون أن هذه الأخيرة قد ناقضت م(٢٧) ونسقتها من الأساس، بأن أعادت الاعتبار للحصانة. خروجاً من هذا التناقض الذي شاب الميثاق، اقترح بعضهم، ونحن نساندهم في ذلك، دمج المادتين في نص واحد، يلزم الدولة برفع الحصانة عن الرؤساء والقادة وتسليمهم، بينما إذا وجد هؤلاء على أرض دولة أجنبية فإنه سيظل متمتعاً بالحصانة، إلى غاية إبداء هذه الأخيرة استعدادها للتعاون. (محمد سمصار، مرجع سابق، ص ١٨٧). نصت م(٩٨) على:

١ - لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم أو مساعدة يقضي من الدولة الموجه إليها الطلب أن تتصرف على نحو يتنافى مع التزاماتها بموجب القانون الدولي فيما يتعلق بحصانات الدولة أو الحصانة الدبلوماسية لشخص أو ممتلكات تابعة لدولة ثالثة، ما لم تستطع المحكمة أن تحصل أولاً على تعاون تلك الدولة الثالثة من أجل التنازل عن الحصانة.

٢ - لا يجوز للمحكمة أن توجه طلب تقديم يتطلب من الدولة الموجه إليها الطلب أن تتصرف على نحو لا يتفق مع التزاماتها بموجب اتفاقات دولية تقتضي موافقة الدولة المرسلة كشرط لتقديم شخص تابع لتلك الدولة إلى المحكمة، ما لم يكن بوسع المحكمة أن تحصل أولاً على تعاون الدولة المرسلة لإعطاء موافقتها على التقديم.

<sup>١</sup> حلا النعيمي، مرجع سابق، ص ١٦-١٧.

<sup>٢</sup> المادة (١/٣٣) من ميثاق روما.

<sup>٣</sup> منظمة العفو الدولية، قانون الحصانة من الملاحقة القانونية والقضائية اليميني: خرق لالتزامات الدولية، لندن، ط. ١، ٢٠١٢، ص. ٧.

الدولية لمناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة، المواد (١/٤) و (١/٤) و (١/٧) و (14)؛ والاتفاقية الدولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري، المادتين (3 و ٤)؛ واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها، المواد (1 و 4 و 5 و ٦).<sup>١</sup>

يرى البعض أن نظام روما عالج مسألة العفو، من خلال إعطاء المدعي العام صلاحية الامتناع عن فتح تحقيق إذا رأى بأنه لا يخدم العدالة؛ حيث منحه م.٣ (ج/٥) هامشا للتقييم، ذا طابع سياسي أكثر منه قانوني<sup>٢</sup>، وبنفس المنطق يجب أن ينظر إلى تدخل مجلس الأمن لإيقاف التحقيق<sup>٣</sup>. نرى أن هذه رؤية واقعية، لا تتطلب من الدول سوى السعي لإقناع المدعي العام بضرورة منح العفو خدمة للعدالة والمصالحة، لأن من سلطات المدعي العام الملائمة، فعلينا أن ننظر لسلطات مدعي عام ال(CPI) على أنها تقويه وتدعم استقلاليته؛ خدمة للعدالة الدولية<sup>٤</sup>، أما فيما يخص ضرورة العفو لتحقيق المصالحات المجتمعية، فإننا نرى أن نجاح هذه الأخير لن يكون إلا عبر معرفة الحقيقة وانتصاف المتضررين، ولن يتحقق ذلك إلا في إطار نظام للعدالة الانتقالية\*.

إننا نعتقد أن عدم اعتداد ال(CPI) بالحصانة، كمانع من موانع المسؤولية الجزائية، إلى جانب حظر العفو عن الجرائم التي تختص بها، يجب أن ينظر إليه باحترام وتقدير، بعيدا عن العواطف المغلوطة؛ ففي إطار التدافع الدولي، قد تلجأ بعض الدول إلى استغلال القضاء، وهذه الحقيقة يجب أن لا تعمي أعيننا عن أهمية وجود قضاء جنائي دولية مستقل وفاعل، لا يفرق بين عالم متمدن وآخر متخلف، بل يجب أن تحفزنا إلى ضرورة الاشتغال بكيفية حماية هذا القضاء، عبر كشف الألاعيب السياسية والتنديد بها دوليا، والتأكيد على أهمية إبعاده عن الاستغلال السياسي بالعمل على تقديم كل مجرم أيا كان للعدالة، خاصة بلير وبوش أكبر مجرمي هذا العصر، في إطار حملات وطنية ودولية تتولاها منظمات المجتمع المدني، لأننا نرى في القضاء الجنائي الدولي فرصة حقيقية، بيد الشعوب المقهورة لإرساء العدالة؛ سبيلها الوحيد للاستقرار والتنمية.

لأنه خطوة صحيحة من أجل إرساء صرح عدالة جنائية دولية، فعلى الدول الغيورة على سيادتها تأهيل قوانينها وتحمل مسؤوليتها في محاكمة مقترفي الجرائم الخطيرة التي تختص بها ال(CPI)، عبر قضاء وطني مهني مستقل ونزيه؛ لأن في ذلك تقوية للسيادة بمظهرها الداخلي والخارجي؛ الداخلي لأن سيادة القانون تعني وجوب خضوع الجميع له، مواطنين وحكاما، والخارجي لأنه سيقطع الطريق على تدخل ال(CPI)، مادامت ولايتها تكميلية.

٦- أعطى ميثاق روما الأولوية للمحاكم الوطنية، وفقا لمبدأ التكامل بين ال(CPI) والأنظمة القضائية الوطنية، وبالتالي تتفادى الدول قيام ال(CPI) بنظر الجريمة الدولية<sup>٥</sup>، خاصة إذا وضعنا في الاعتبار أن الجرائم التي وردت في النظام الأساسي للمحكمة ليست بالجرائم الجديدة، فهي من ناحية معروفة دوليا؛ مثلت جزءاً من القانون الدولي، مثل جريمة الإبادة

<sup>١</sup> المرجع نفسه.

<sup>٢</sup> محمد كمال رزاق بارة، مرجع سابق، ص. ١٥. أنظر أيضا:

Luc Côté, «Justice pénale internationale : vers un resserrement des règles du jeu », p. 3. Disponible sur :

[https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc\\_861\\_cote\\_fre.pdf](https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc_861_cote_fre.pdf) (09/08/2016-10 :58)

<sup>٣</sup> Ibid, p. 10.

<sup>٤</sup> Ibid, p. 3.

\* تُشير العدالة الانتقالية إلى مجموعة التدابير القضائية وغير القضائية التي قامت بتطبيقها دول مختلفة من أجل معالجة ما ورثته من انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان. وتتضمن هذه التدابير الملاحقات القضائية، ولجان الحقيقة، وبرامج جبر الضرر وأشكال متنوعة من إصلاح المؤسسات. ومن خلال محاولة تحقيق المحاسبة والتعويض عن الضحايا، تقدم العدالة الانتقالية اعترافاً بحقوق الضحايا وتشجع الثقة المدنية، وتقوي سيادة القانون والديمقراطية. أنظر: أحمد شوقي بنوب، العدالة الانتقالية بنونس، أكاديمية العدالة الانتقالية، تونس، ٢٠١٤، ص. ٦.

<sup>٥</sup> Etienne Goethals, op. cit., p. 120-121.

الجماعية التي أخذت من اتفاقية الإبادة الجماعية<sup>(١٩٤٨)</sup>، كما أن جرائم الحرب مأخوذة من اتفاقيات جنيف الأربع<sup>(١٩٤٩)</sup>، التي وقّعت عليها كل الدول، وتعد أيضا الجرائم ضد الإنسانية بمثابة قانون دولي عرفي، من ناحية أخرى، فإن الجرائم التي تختص بنظرها الـ(CPI) مجرمة أيضا بموجب القوانين الوطنية لكثير من الدول.

وعليه، إذا طبقت الدول الأعضاء قوانينها الوطنية، سَدَت الأبواب وسَحَبَت الذرائع، ولن يكون الـ(CPI) أي دور، علاوة على ذلك فإن قرار مدعها العام بدء التحقيق أو المحاكمة لا بد أن يوافق عليه أولاً أغلبية قضاة الغرفة التمهيدية، كما أنه قابل للاستئناف، كما أن النظام الأساسي قد نص في م.٧٢ على ضمانات خاصة بالمعلومات، كفيلة بتوفير حماية حقيقية للأمن القومي للدول، على رأس هذه الضمانات؛ عدم جواز الكشف عن المعلومات التي ترى الدول أنها تمس أمنها القومي.

لقد تنهت بعض الجهات في عالمنا العربي لهذه المسألة مبكراً؛ حيث وجدنا أن المؤتمر العاشر للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد بالقاهرة ٢٠٠٠ قد أوصى بأهمية الإسراع بتشكيل لجان تعنى بإعداد التعديلات التشريعية اللازمة دون تعليق أمر التصديق على المعاهدة على الانتهاء منها، إذ يوجد تعارض أو مانع بين انتظار هذا التصديق وبين ضرورة أن يتضمن التشريع الجنائي الوطني ذات الجرائم المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية<sup>١</sup>.

#### ثالثاً/الموقف الصحيح من المحكمة الجنائية الدولية

اتضح لنا، من خلال ما سبق، أن عوامة العدالة الجنائية لا تهدد السيادة الوطنية للدول، وأن كل الحجج واهية لا تصمد أمام الحقائق القانونية، فهي في مجملها أقوال مختلفة، سيقت لتبرير مواقف بعض الدول، التي ارتأت، لحسابات سياسية محضة، الإحجام عن الانضمام لميثاق روما.

إننا نقرر هذه الحقيقة، ونحن ندرك أننا نعيش في عالم يشهد تنافساً كبيراً بين الدول، وأن الدول الكبرى لا تتورع عن استعمال كل الأدوات، الاقتصادية، السياسية، الثقافية والقضائية، لتحقيق مصالحها وفرض هيمنتها.

إن السؤال الذي يطرح في هذا المقام: هل وضعية هذه الدول الضعيفة كانت أحسن قبل ميلاد الـ(CPI)، وأن ظهور المحكمة هدد مكانتها؟ أم أن وضعيتها من البداية سيئة، تعكس تدهوراً على شتى الصعد: الاقتصادية والاجتماعية والحقوقية والسياسية؟ وفي المقابل هل الدول الكبرى، لم تمارس الهيمنة قبل ظهور المحكمة؟ وأنها في غياب المحكمة لن تتمكن أبداً من فرض هيمنتها على الدول الضعيفة؟ فالولايات المتحدة الأمريكية، الدولة غير الطرف في ميثاق روما، استطاعت أن توقع مع حوالي ١٠٠ دولة طرف اتفاقيات تمنع تسليم مواطنين أمريكيين إلى الـ(CPI)، في مخالفة صريحة للمادة<sup>(٨٦)</sup> من هذا الميثاق<sup>٢</sup>، فعن أي هيمنة يتحدث هؤلاء.

إننا نرى، أن العراك الدائر حول الـ(CPI) ومدى تعارضها مع السيادة الوطنية، هو عراك في غير محله. إن الذي يمس حقيقة جوهر السيادة ويهددها، هو التخلف الذي تعيشه دول العالم الثالث؛ الذي جعلها تستجدي طعامها وكساءها ودواءها، فعن أية سيادة يتحدث حكامها، وهم يدوسون على كرامة شعوبهم ليل نهار، يبددون ثرواتها ويستبدمون تخلفها، حفاظاً على عروشهم.

إننا على يقين أن لا سيادة لمن لا ينتج غذاءه ولا يصنع دواءه وسلاحه، وعلى من يريد حقيقة مواجهة الهيمنة أن يمتن جهته الداخلية؛ عبر التصالح مع الشعوب، وتمكينها من حقوقها وحرّياتها.

<sup>١</sup> حمدي رجب عطية، مرجع سابق، ص. ٧-٨.

<sup>٢</sup> James MOUANGUE KOBILA, op. cit., p. 28.

زيادة على ذلك، فإن وجود الـ(CPI) تحقق شيئا من العدالة، خير من غيابها، وما الحكم الأخير على مجرم الحرب الصربي "رادوفان كاراديتش"، جزار البوسنة، بالسجن أربعين عاما، بعد مرور أكثر من عشرين عاما على جرائمه بحق الكروات والمسلمين\*، إلا دليل على ذلك، فلولا الـ(CPI) لظل هذا المجرم بغير عقاب.

على الدول التي ترى في المحكمة تهديدا لسيادتها، ومنها مجمل الدولية العربية التي ساهمت في إنشاء المحكمة، لكنها في الأخير أحجمت عن المصادقة أو الانضمام إلى ميثاقها، أن تعلم أن هذه السياسة غير مجدية، فمن الأفيد أن تنضم له، وأن تسعى لتحسين أداء المحكمة وتجنّبها مزالق الاستغلال السياسي، من خلال النضال داخل جمعية الدول الأطراف، فمن شأن هذا أن يجعل المحكمة أداة لتحقيق العدالة الجنائية الدولية، التي تنشر العدل والسلام في العالم، خاصة وأن الدول التي تنتشر فيها المظالم والانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي هي دول العالم الثالث، خاصة الدول العربية وعلى رأسها فلسطين والعراق وسوريا وغيرها؛ فوجود الـ(CPI) مصلحة أكيدة للشعوب المستضعفة، تنتصف بها وتساهم في إخراجها من تخلف، عملت الدول الكبرى على استدامته.

#### خاتمة

نتوصل في نهاية المقال إلى النتائج والاقتراحات الآتية:

#### أولا/النتائج:

- 1 - الـ(CPI) لا تشكل تهديدا للسيادة الوطنية للدول.
- 2 - الـ(CPI) لم تصدر اختصاص المحاكم الوطنية، وإنما وضعت ضوابط تضمن إجراء محاكمات حقيقية، تراعي معايير المحاكمة العادلة، ولا تجعل منها بوابة للإفلات من العقاب.
- 3 - مسألة العفو التي تشبث بها بعض الدساتير، وترى فيها مظهرا سياديا، يمكن أن تشكل فعلا بابا قانونيا لإفلات من العقاب، خاصة في النظم الاستبدادية، التي لا تعير اهتماما كبيرا للدستور في تدبير شؤون شعوبها.

#### ثانيا/الاقتراحات

- 1 - تحويل الفرد أهلية اللجوء إلى الـ(CPI): لأنه إذا كان القضاء الدولي مخصصا لمقاضاة الأفراد، فيجب بالمقابل أن يكون لهم الحق في الإدعاء أمامه حماية لمصالحهم.
- 2 - تعديل ميثاق المحكمة، بتقييد عدد مرات طلب مجلس الأمن تجديد وقف التحقيق بمرتين فقط.
- 3 - على الدول التي ترى في المحكمة تهديدا لسيادتها، ومنها مجمل الدولية العربية، الانضمام للمحكمة والاجتهاد لتحسين أدائها بتجنّبها الاستغلال السياسي، من خلال النضال داخل جمعية الدول الأطراف، فوجود الـ(CPI) مصلحة أكيدة لشعوبها، تنتصف لها وتساهم في إخراجها من تخلف استدام.
- 4 - ندعو المجتمع المدني الدولي والمحلي إلى العمل على جلب مجرمي هذا العصر "بوش-بليز" إلى الـ(CPI)، لما له من أثر كبير في تعظيم مصداقية المحكمة، ودفع شبهات التحيز عنها.

\* بدأت محاكمة كاراديتش المعروف سنة 2009، واجه خلالها 11 تهمة. صدر الحكم الأخير عليه في 2016/03/24. <http://www.arageek.com/2016/03/28/trial-details-of-radovan-karadzic.html> (05/04/2016-11:20)

## المصادر والمراجع

### أولا/المصادر والمراجع باللغة العربية

#### أ/المعاهدات الدولية

١ - ميثاق روما الأساسي.

#### ب/الكتب

- ١ - أحمد شوقي بنوب، العدالة الانتقالية بتونس، أكاديمية العدالة الانتقالية، تونس، ٢٠١٤.
- ٢ - عبد الحسين شعبان، الإنسان هو الأصل مدخل للقانون الدولي الإنساني وحقوق الإنسان، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٣ - منظمة العفو الدولية، قانون الحصانة من الملاحقة القانونية والقضائية اليميني: خرق للالتزامات الدولية، لندن، ط.١، ٢٠١٢.

#### ج/الأطروحات الأكاديمية

- ١ - شني فؤاد، العدالة الجنائية وحقوق الإنسان في إجراءات الحماية الدولية القضائية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠١١.
- ٢ - صام الياس، المركز الجزائري لرئيس الدولة في القانون الدولي وفي القانون الدستوري، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، ٢٠١٣.
- ٣ - محمد سمصار، مسؤولية الرؤساء والقادة أمام القضاء الدولي الجنائي، أطروحة دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ٢٠١٥.

#### د/المقالات العلمية

- ١ - عارف خليل أبو عيد، "الحصانات الدبلوماسية بين الإسلام والقانون الدولي، دراسة مقارنة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ع.٣٥.
- ٢ - عبد السلام دحماني، "دراسة حول المسائل الحائلة دون انضمام الدول العربية إلى المحكمة الجنائية الدولية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع.٢٠١٢.
- ٣ - نجيب بن عنزوينات وخالد بن عبد الله الشافي، "المحكمة الجنائية الدولية وسيادة الدول"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع.٢٠١٤-٢٠١٤.

#### هـ/الملتقيات العلمية

- ١ - حلانعي، "لمحة عن المحكمة الجنائية الدولية والعقبات التي تعيق عملها"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.
- ٢ - حمدي رجب عطية، "العلاقة بين المحكمة الجنائية الدولية والمحكمة الوطنية"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.
- ٣ - داينا جونستون، "العدالة من أجل السلم أم من أجل الحرب؟ المحكمة الجنائية الدولية لجمهورية يوغسلافيا السابقة كسابقة للمحكمة الجنائية الحالية"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: الطموح- الواقع- والآفاق، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.

- ٤ - عبد السلام الطيف، "المحكمة الجنائية الدولية بين الإرادة والجبرية مصادرة للسيادة أم حماية للسيادة؟"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.
- ٥ - محمد عزيز شكري، "موقف الدول العربية من المحكمة الجنائية الدولية"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.
- ٦ - محمد كمال رزاق بارة، "المحكمة الجنائية الدولية عناصرها للتحليل في الاختصاص النوعي ومسألة السيادة"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: الطموح- الواقع- والآفاق، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.
- ٧ - محمد هاشم ماقورا، "المحكمة الجنائية الدولية وعلاقتها بمجلس الأمن"، ملتقى حول المحكمة الجنائية الدولية الدائمة: الطموح- الواقع- والآفاق، في الفترة من (١٠-١١ جانفي ٢٠٠٧)، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا.

#### و/مواقع شبكية

- أنطوان أنطوان سعد، "مفهوم العدالة الجنائية الدولية"، متاح على:

<http://www.lebanese-forces.com/2011/04/15/137571/>

#### ثانيا/المصادر والمراجع باللغة الفرنسية

##### A/Résolution

Résolution (1593), disponible sur :

[http://iccforum.com/media/background/darfur/2005-03-31\\_UN\\_Security\\_Council\\_Resolution\\_1593\\_\(French\).pdf](http://iccforum.com/media/background/darfur/2005-03-31_UN_Security_Council_Resolution_1593_(French).pdf)

##### B/livres

- 1- Etienne Goethals, « L'émergence du droit humanitaire et du droit pénal international », **Internalisation du droit, internalisation de la justice, 3<sup>ème</sup> congrès des COURS JUDICIAIRES SUPRÊMES FRANCOPHONES**, 21-23 juin 2010, Ottawa, Canada.
- 2- James MOUANGUE KOBILA, **L'AFRIQUE ET LES JURIDICTIONS INTERNATIONALES PÉNALES**, Centre Thucydide, Université Panthéon-Assas (Paris II), France, 2012.

##### C/Cites d'internet

- Luc Côté, « Justice pénale internationale : vers un resserrement des règles du jeu », Disponible sur : [https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc\\_861\\_cote\\_fre.pdf](https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/irrc_861_cote_fre.pdf)
- <http://www.corriere.it/reportages/esteri/2016/regeni-scomparsi-egitto/>
- <http://www.arageek.com/2016/03/28/trial-details-of-radovan-karadzic.html>

## القواعد الوقائية المنظمة للرسالة الإشهارية في الجزائر

الباحثة سميرة بليدي كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس بسيدي بلعباس

### المخلص:

تتمثل الحماية القانونية الوقائية للمستهلك في الإشهارات التجارية بالتنظيم الذاتي، واحترام الرسالة الإشهارية للقواعد القانونية إضافة إلى الالتزام بالمبادئ العامة التي تسعى إلى تقييد حرية المعلن لتحقيق الحماية للطرف الضعيف، وهو المستهلك المتلقي لتلك الرسالة الإشهارية، وضبط هذه الأخيرة لتتلاءم والنظام العام، والآداب العامة وقيم المجتمع الجزائري.

الكلمات المفتاحية: الإشهارات التجارية، المستهلك، المعلن، الرسالة الإشهارية

### Résumé

La protection juridique préventive des consommateurs dans les publicités commerciales, consiste en l'autorégulation et le respect des règles juridiques du message publicitaire.

Egalement l'engagement vis-à-vis des principes généraux qui tendent à restreindre la liberté de l'utilisateur afin de parvenir à une protection de la partie faible qui n'est autre que le consommateur, auquel le message publicitaire est destiné.

Ajuster le message commercial pour répondre à l'ordre public, la moralité et les valeurs de la société algérienne.

### المقدمة

يعدّ الإشهار التجاري من أحد الوسائل الاتصالية الذي اكتسب مكانة مهمة في عصرنا، حيث أصبح وسيلة ضرورية تتطلبها جميع المجالات، فلا يمكن تصوّر وجود مجتمع متطوّر بدون إشهار فهو سمة العصر نظرا لارتباطه بالحياة اليومية. ولقد تزامن ظهور الإشهار مع الثورة الصناعية بعد الحرب العالمية الثانية، فقد أسهم التطور الصناعي في زيادة المنتجات وتنوعها، وهذا ما دفع ببعض المؤسسات الاتصالية بالبحث عن وسيلة لتعريف منتوجاتها وإصداراتها، مستعينة بعملية اتصال جماهيرية كتقنية تعاقدية تمكنها من جذب المستهلك وإقناعه باستعمال الوسائل الحسية والنفسية.

فالإشهار إذن هو عملية إخبارية غايتها إعلام المستهلك بمعلومات حول المنتجات والخدمات، بإظهار محاسنها ليقبل عليها المستهلك ويقتنمها<sup>1</sup>. ويعتمد الإشهار على عنصرين، عنصر ماديّ ويتمثّل في استخدام أداة من أدوات التعبير كالصحف والمصققات والرسوم والإذاعة والتلفزيون...<sup>2</sup>، والوسائل الحديثة كالإنترنت والهواتف النقالة من خلال الرسائل القصيرة والبريد الإلكتروني، أما العنصر الثاني فهو المعنوي والهدف منه هو تحقيق الربح، وهذا ما يميّز الإشهار التجاري موضوع هذه الدراسة عن الإشهارات الأخرى السياسية منها، الاجتماعية والقانونية.. وغيرها.

والإشهار التجاري نشاط يتم بين طرفي العملية الاستهلاكية، المستهلك من جهة وهو المقتني للمنتج والمتلقي للرسالة الإشهارية والمعلن من جهة أخرى، وهو صاحب المنتج أي المتدخل أو المهني المحترف أو حتى المصدر للرسالة الإشهارية، وتمتاز هذه العلاقة بعدم التكافؤ، لأن المعلن يتمتع بعنصر الأفضلية على المستهلك باعتباره عالماً وعلى دراية واسعة بمنتوجه، أمّا المستهلك فقليل الخبرة، ولهذا كان لزاماً محاولة إعادة التوازن لأطراف العلاقة.

وهذا ما فكّر فيه المشرّع بحيث وضع قواعد قانونية ومبادئ أخلاقية تحمي المستهلك وتقيه من الوقوع في تضليل وكذب المعلن عن طريق الإعلام الذي هو حقّ للمستهلك والتزام المعلن، وهذا درءاً للخطر الذي يهدّد حياته، وسلامته بسبب تلقّي سلع أو خدمات غير مطابقة لإشهاره التجاري.

للموضوع أهمية كبيرة باعتبارنا جميعاً مستهلكين معينين بالإشهار وتدابيراته، خاصة وأن الإشهارات التجارية أصبحت اليوم في كل مكان، وبأساليب متنوعة، وهذا ما جعلني أحاول إثارة جانب منه.

فالهدف من هذه الدراسة لا يكمن في ضبط المفاهيم المتعلقة بهذا الموضوع، والذي كان محلّ دراسات سابقة، وإنما الهدف يكمن في الحماية الوقائية المقررة للمستهلك من الأثر السلبي للإشهار التجاري غير مشروع، وهذا ما جعلني أ طرح الإشكالية الآتية:

— ما هي الضمانات الوقائية التي من شأنها تأمين المستهلك من الإشهارات التجارية غير مشروعة؟

واعتمدت للإجابة على هذه الأخيرة المنهج الوصفي التحليلي للوقوف عند أهم القواعد المنظمة للإشهار في الجزائر، وطرحت هذا الموضوع بوضع خطة كانت كما يلي:

**المطلب الأول: القواعد المنظمة للرسالة الإشهارية حسب الوسائل المشهر بواسطتها**

**المطلب الثاني: المبادئ المتعلقة بالرسالة الإشهارية.**

**المطلب الأول: القواعد المنظمة للرسالة الإشهارية حسب الوسائل المشهر بواسطتها**

عمل المشرّع الجزائري وكباقي تشريعات الدول على وضع قواعد قانونية من شأنها حماية المستهلك المتلقي للرسالة الإشهارية من الأضرار التي قد تلحق من جراء الإشهارات التجارية، والتي قد تمس وتهدد حياته وسلامته وحتى أمواله، خاصة إذا لم تحقق النتائج المرجوة من الاستهلاك لعدم اتفاقها بحاجاته الأساسية.

<sup>1</sup> - بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلامي التجاري وأثره على المستهلك (دراسة قانونية)، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة

٢٠١١، ص ٢٤.

<sup>2</sup> - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، طبعة ٢٠٠٦، ص ١٦٦.

ويجب الإشارة أنه من أجل الوصول إلى تحديد القواعد القانونية المنظمة للإشهارية في الجزائر كان يجب البحث في مختلف القوانين ذات الصلة بالمنظومة القانونية الجزائرية وذلك لعدم وجود نص قانوني خاص بالإشهار. وهذا لا يعني أن فكرة الإشهار لم تكن موجودة في الجزائر، بل عرفت منذ فترة الاستعمار الفرنسي، وكانت الإشهارات التجارية مسيرة من طرف الوكالات الكبرى الخاصة على رأسها وكالة "هافاس" والتي سيطرت على السياسة الإعلانية في الجزائر، وجعلتها سوقا منتوجاتها<sup>1</sup>، ولكن وبعد الاستقلال<sup>2</sup> ١٩٦٦، صدر المرسوم رقم ٣٠-٣٢٣ المنظم للإشهار التجاري<sup>3</sup> الذي نصّ على إلغاء العمل بالقوانين الفرنسية، وفي إطار عمليات تأميم الشركات التي قامت بها الحكومة الجزائرية، كانت شركة "هافاس" من بين الشركات المؤممة لتجعلها وكالة وطنية للنشر والإشهار (ANEP) بموجب الأمر رقم ٢٧-٩١٧<sup>4</sup>، وتم إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار بعد ذلك بموجب المرسوم رقم ٢٨٣٦<sup>5</sup>.

وتوالى التّصوص القانونية في مجال تنظيم الإشهار إلى غاية تبني الجزائر نظام اقتصاد السوق، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى وضع منظومة تشريعية تتلاءم والظروف الاقتصادية الجديدة، وظهر ذلك من خلال تقديم مشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٩، وقد سبقه مشروعان تمهيديان هما قانون الإشهار لسنة ١٩٩٨ و١٩٩٩ وستعرض من خلال دراستنا إلى مشروع قانون<sup>6</sup> ١٩٩٩ بالرغم من تجميده من طرف مجلس الأمة، وذلك لتبنيه القواعد التنظيمية للإشهارية بموجب الباب الثاني تحت عنوان تنظيم ممارسة النشاطات الإشهارية.

وعلى الرغم من وجود فراغ قانوني في مسألة الإشهار، إلا أن هذا لا يمنع السلطات من إيجاد سبل لتنظيمه ولو بشكل جزئي، "باعتباره نشاطا تجاريا له ضوابط"<sup>7</sup>، ويظهر ذلك في العديد من التّصوص القانونية التي أشارت للإشهار، ولو بشكل غير مباشر، نجدها في قوانين خاصة بقطاعات أخرى، من بينها المرسوم التنفيذي رقم ٣٩٩ المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش<sup>8</sup> في المادة ٢ التي عرفت الإشهار كما يلي: "جميع الاقتراحات أو الدعايات أو العروض أو خدمة بواسطة أسانيد بصرية أو سمعية بصرية".

<sup>1</sup> - قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية (على ضوء المشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٩)، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ١٦.

<sup>2</sup> - المرسوم رقم ٦٣-٣٠١ المؤرخ في ٢٣ ربيع الأول ١٣٨٣هـ الموافق لـ ١٤ أوت ١٩٦٣م، المنظم للإشهار التجاري، ج.ر. عدد ٥٩ المؤرخة في ٢٣ أوت ١٩٦٣، ص ٣.

<sup>3</sup> - الأمر رقم ٦٧-٢٧٩ المؤرخ في ١٩ رمضان ١٣٧٨هـ الموافق لـ ٢٠ سبتمبر ١٩٦٧م المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى بالوكالة الوطنية للنشر والإشهار، ج.ر. عدد ٢ لسنة ١٩٦٨، ص ٥.

<sup>4</sup> - المرسوم رقم ٨٦-٢٨٣ المؤرخ في ٣٠ ربيع الأول ١٤٠٧هـ الموافق لـ ٢ ديسمبر ١٩٨٦، إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ج.ر. عدد ٤٩ لسنة ١٩٨٦، ص ٥.

<sup>5</sup> - محمد شحات، العلاقة بين التمويل الإشهاري والأداء الصحفي في الصحف اليومية الوطنية - الخبر، الشروق El Watan، مذكرة ماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، قسم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، السنة الجامعية ٢٠١٠-٢٠١١، ص ٩٢.

<sup>6</sup> - المرسوم التنفيذي رقم ٣٩٩/٩٠ المؤرخ في ٣ رجب ١٤١٠هـ الموافق لـ ٣٠ يناير ١٩٩٠، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر. عدد ٥٥ لسنة ١٩٩٠، ص ٦.

وعرفه أيضا القانون رقم ٢٠٠٤ المتعلق بالممارسات التجارية<sup>١</sup>، في مادته ٣: "على أنه كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة" ونصوص أخرى أيضا عرفت الإشهار<sup>٢</sup>. وما يمكن ملاحظته من خلال التعريفين السابقين أن المشرع الجزائري ذكر وسائل الإشهار وحصرها، وهذا خطأ وقع فيه فمع التطور لا يمكن حصر هذه الوسائل، أما في التعريف الثاني فقد صحح هذا بفتح المجال لأي وسيلة للاتصال تستعمل الإشهار.

#### – الفرع الأول: الشروط العامة للمنظمة للإشهارية.

يعتبر المستهلك العامل المشترك في عملية الإشهار بالرغم من اختلاف الوسائل المعتمد عليها في هذه العملية، فنجد مثلاً "الجرائد، المجالات، أجهزة الراديو والتلفزيون بمحطاته المختلفة والمتعددة الطرقات، وعلى واجهة البيانات، في وسائل النقل وحتى في ألبسة الناس"<sup>٣</sup>. ولهذا وجب وضع شروط قانونية لهذه الوسائل لحماية المستهلك استباقياً قبل عرض الرسالة الإشهارية، ولأهمية هذه الوسيلة المستخدمة لنقل الرسالة الإعلامية من المعلن إلى الجمهور<sup>٤</sup>، حوّلت لوزير الاتصال ضبط وسائل الإعلام الإلكترونية كالصحف والإذاعات و التلغزة عبر الإنترنت بالتنسيق مع هيئات الضبط، وهذا في المرسوم التنفيذي رقم ٢١٠٦ في مادته ٢ الفقرة الثانية منه<sup>٥</sup>.

ولوزير الاتصال صلاحيات منح رخص لممارسة النشاطات الإشهارية، وضبط شروطها وسبر الآراء وتوزيع الصحافة المكتوبة، وهذا ما يظهر في الفقرة الخامسة من المادة السابقة الذكر.

ولتفعيل مهام وزير الاتصال في هذا المجال صدر المرسوم التنفيذي رقم ٢١٠١ المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الاتصال<sup>٦</sup>، وتشمل الإدارة المركزية في وزارة الاتصال العديد من الهياكل من بينها: المديرية الفرعية لنشاطات الإشهار والاستشارة في الاتصال والمكلفة بجمع، وتحليل المعطيات المتعلقة بالإشهار السمي البصري والإشهار في الصحافة المكتوبة الوطنية بدعائمها الورقية والإلكترونية.

وبالرغم من الفراغ القانوني في مسألة تنظيم الإشهار إلا أن المشرع الجزائري، وبموجب نصوص قانونية متفرقة سعى لوضع ضمانات تكفل حماية المستهلك من الإشهارات التجارية، من خلال تنظيم الرسالة الإشهارية قبل إصدارها

<sup>١</sup> - القانون رقم ٠٢/٠٤ المؤرخ في ٥ جمادى الأولى ١٤٢٥هـ الموافق لـ ٢٣ يونيو ٢٠٠٤، المتعلق بالممارسات التجارية، ج.ر. عدد ٤١ لسنة ٢٠٠٤، ص ٩

<sup>٢</sup> - المادة ٧ ف ٢٤ من القانون رقم ١٤-٠٤، المؤرخ في ٢٤ ربيع الثاني ١٤٣٥هـ الموافق لـ ٢٤ فبراير ٢٠١٤، المتعلق بالنشاط السمي البصري، ج.ر. عدد ١٦، والتي تنص أن: "الإشهار هو أي شكل بتصميم أو برسالة صوتية أو سمعية بصرية تبث مقابل أجر أو تعويض سواء من أجل ترقية تقدم سلع أو خدمات في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة أو من أجل ضمان ترقية تجارية لمؤسسة".

<sup>٣</sup> - محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

<sup>٤</sup> - القاضي أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، (دراسة تحليلية شاملة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص ٤٦.

<sup>٥</sup> - المرسوم التنفيذي رقم ١١-٢١٦ المؤرخ في ١٠ رجب ١٤٣٢هـ الموافق لـ ١٢ يونيو ٢٠١١، يحدد صلاحيات وزير الاتصال، ج.ر. عدد ٣٣ لسنة ٢٠١١، ص ١١

<sup>٦</sup> - المرسوم التنفيذي رقم ١١-٢١٧ المؤرخ في ١٠ رجب ١٤٣٢هـ الموافق لـ ١٢ يونيو ٢٠١١، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الاتصال، ج.ر. عدد ٣٣ لسنة ٢٠١١، ص ١١

بفرض معايير قانونية موحدة لجميع الوسائل الإلكترونية المختلفة، وضوابط أخرى خاصة حسب نوع الوسيلة الإشهارية المستعملة.

وعليه سنعرض أولاً الشروط العامة الواجب توافرها في الرسالة الإشهارية، وبعدها الشروط الخاصة بالوسائل المستعمل بواسطتها الرسالة الإشهارية في الفرع الثاني.

بداية ما هي هذه الشروط العامة؟

**الفرع الأول: الشروط العامة الواجب توافرها في الرسالة الإشهارية.**

إن الوسائل الإشهارية بمختلف أنواعها تخضع لجملة من الضوابط التي يجب مراعاتها، واحترامها قبل إصدار الرسالة الإشهارية، والتي بموجبها تضمن نوعاً من الحامية المسبقة والوقائية للمستهلك المتلقي للإشهار وهي كالاتي:

**أولاً: الضوابط المتعلقة بالشيء المعلن عنه<sup>1</sup>:**

- بغض النظر عن طبيعة السلعة أو الخدمة، يجب أن يكون محل الإشهار مشروعاً.
- يجب أن يكون محلاً الرسالة الإشهارية خالياً من العيوب أي سليماً، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٠ من مشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٦.

**ثانياً: الضوابط المتعلقة بالمعلن<sup>2</sup>:**

- بموجب المادة ٢٢ من مشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٦، يجب على المعلن أن يلتزم بإظهار اسمه في الإشهار التجاري.
- أن يكون جاداً في عرضه للمنتجات والخدمات، فيجب أن يكون ما عرضه متوفراً، فلا يجوز الإشهار على سلعة لا تتوفر بكميات كبيرة مثلاً، أو أن يكون العرض محدوداً، بل يجب أن تفي هذه الأخيرة بطلبات المستهلكين المتلقين للرسالة الإشهارية.
- التصريح الصادق بمحتويات المنتج أو الخدمة، وذلك بواسطة وضع بيانات صحيحة تصف هذه الأخيرة، وهذا ما نصت على ضرورته المادة ١٨ من مشروع الإشهار لسنة ١٩٩٦ كما يلي: " يجب أن يكون الإعلان التجاري صادقا ومطابقاً للحقيقة من جميع الوجوه".

**ثالثاً: الضوابط المتعلقة بالرسالة الإشهارية في حد ذاتها : وهي كالاتي**

- تحديد هوية الرسالة الإشهارية مهما كان السند الإشهاري ويمنع ولا يؤخذ بالإشهار المجهول.
- صحة البيانات الواردة في الرسالة الإشهارية، يلتزم المعلن بذكر البيانات الخاصة بالمنتج أو الخدمة بشكل صحيح حتى ولو كان هدفه التأثير على نفس وسلوك المستهلك لجذبه لاقتناء المنتج أو الخدمة، فعليه التعريف بالمنتج بصدق وجدية، فهو ملتزم بالإعلام الذي يفرضه القانون وهذا يظهر في المادة ١ من القانون رقم ٣٠٩٠٣٠.

<sup>١</sup> - بوراس محمد، النظام القانون للإشهار عن المنتجات والخدمات (دراسة تأصيلية للإشهار التجاري)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤.

<sup>٢</sup> - بوراس محمد، المرجع السابق، ص ٦٥.

المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>١</sup>، ويظهر أيضا في المادة ٥ الفقرة ٣ من مشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٨٨ كما يلي: " إضافة إلى القواعد الأساسية للأداب والأمانة والصدق..."، والمادة ٣٨ من دفتر الشروط الخاص بالتلفزيون<sup>٢</sup> والتي تنص على أنه: "ينبغي أن يكون محتوى البلاغات الإشهارية مطابقا لمقتضيات الصدق واللياقة واحترام الأشخاص"، وتقابلها نص المادة ٣٤<sup>٣</sup> من دفتر الشروط الخاصة بالإذاعات<sup>٣</sup>.

ومع ذلك فإنّ الإشهار لا يمكنه أن يكون صادقا بصفة مطلقة لأنه لا يقول كل الحقيقة، لأنّ المعلن لا يركز إلا على مزايا السلع والخدمات في إشهاره، وهكذا يبقى على المستهلك التزود بالفطنة والحذر عند تلقيه الرسالة الإشهارية.

\_ لغة الإشهار يجب أن يعتمد المعلن على لغة بسيطة ليفهمها جميع المستهلكين، فاستعمال اللغة العربية بالإضافة لكونها رمزاً من الرموز الوطنية المنصوص عليها في المادة ٣ من الدستور الجزائري لسنة ٢٠١٠، نص عليها القانون رقم ٠٥٩ المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية في المادة ١٩<sup>٤</sup>، وتنص المادة ٣ من نفس القانون على معاقبة كل مخالف لأحكام المادة ١٩ المذكورة سابقاً.

بالإضافة لذلك نصّت أيضا المادة ١٠ من مشروع قانون الإشهار على أن: " كل إشهار تبثّه الوسائل السّميّة- البصرية في الجزائر، يجب أن يكون باللّغة العربية". وتلزم كل هذه المواد استخدام اللغة العربية كلغة أصلية واستثناء يسمح باستخدام لغة أجنبية عند الضّرورة خاصة إذا كانت القنوات الإذاعية والتلفزيونية موجهة للخارج.

الحصول على ترخيص مسبق في بعض الإشهارات التجارية، وذلك في الحالات التالية:

#### \_ محل الرسالة الإشهارية:

يشترط الترخيص المسبق لعرض الإشهارات التجارية بالنسبة لمواد معينة كالمواد الصيدلانية والطبية وهذا ألزم المشرع الجزائري بموجب نص المادة ٠٦ من المرسوم التنفيذي رقم ٢٨٣٦٢ المتعلق بالإعلام الطبّي والعلمي حول المواد الصيدلانية ذات الاستعمال في الطبّ البشري<sup>٥</sup>، ويصدر هذا الترخيص من قبل وزير الصّحة العمومية بعد أخذ رأي لجنة مراقبة الإعلام الطبي والعلمي حول المواد الصيدلانية، فما على الراغب بالحصول على هذا الترخيص بتقديم مشروع عن الرسالة الإشهارية، إلا التّوجه للجهات المعنية السابقة.

١ - القانون رقم ٠٣/٠٩ المؤرخ في ٢٩ صفر ١٤٣٠ الموافق لـ ٢٥ فبراير ٢٠٠٩، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. عدد ١٥ لسنة ٢٠٠٩، ص ٩

٢ - المرسوم التنفيذي رقم ٩١-١٠١ المؤرخ في ٥ شوال ١٤١١ الموافق لـ ٢٠ أبريل ١٩٩١ يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون، ج.ر. عدد ١٩ لسنة ١٩٩١ ص ١٣

٣ - المرسوم التنفيذي رقم ٩١-١٠٣ المؤرخ في ٣ شوال ١٤١١ الموافق لـ ٢٠ أبريل ١٩٩١ يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعّي إلى المؤسسة العمومية للإذاعات المسموعة، ج.ر. عدد ١٩ لسنة ١٩٩١ ص ١٣

٤ - المادة ١٩: "يتم الإشهار بجميع أنواعه باللغة العربية ويمكن استثناء استعمال لغات أجنبية إلى جانب اللغة العربية عند الضرورة"، من القانون ٩١-٠٥ المؤرخ في ٣٠ جمادى الثانية ١٤١١ الموافق لـ ١٦ يناير، المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية ج.ر. عدد ٠٣ لسنة ١٩٩١، ص ٩

٥ - المرسوم التنفيذي رقم ٩٢-٢٨٦ المؤرخ في ٥ محرم ١٤١٣ الموافق لـ ٦ جويلية ١٩٩٢، ج.ر. عدد ٥٣ لسنة ١٩٩٢، ص ١٣

وهذا ما كان نص المادة<sup>١</sup> من نفس القانون، وإن إشهار المواد الصيدلانية مقصور على المنتجات المصادق عليها من قبل الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة للطبّ البشري وهذا ما نصّت عليه المادة<sup>٢</sup> من القانون المتعلق بالصحة وترقيتها<sup>١</sup>.

أما عن مشروع الإشهار لسنة ١٩٩٩، فقد اكتفت بمادة واحدة في هذه النقطة، حيث ألزم نص المادة<sup>٣</sup> التي أخضع فيها الإشهار الخاص بالمواد الصيدلانية إلى تأشيرة تمنحها السلطات المؤهلة، أما بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم ١٥٠ المؤرخ في ١٨ يونيو ٢٠٠٠، فقد وضع شروط للممارسة أنواع من البيوع كالبيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن التعامل البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود<sup>٢</sup>.  
فقد ألزم المشرّع في هذه الأنواع من البيوع حصول العون الاقتصادي على ترخيص مسبق، وهذا ما يظهر في نصّ المادة<sup>٦</sup>، ١٦١٢، ٨ من نفس المرسوم التنفيذي.

#### في حالة استعمال لغة أجنبية تكملة للنصّ الإشهاري:

ذكرنا فيما سبق كيف سمح المشرّع باستعمال لغة أجنبية ولكن شريطة أن تكون تكملة للنصّ العربي مثل كلمات لا يوجد لها مرادفا باللغة العربية، وأيضا في هذه الحالة اشترط المشرّع الجزائري الحصول المعلن على ترخيص مسبق، وهذا في نصّ المادة<sup>٩</sup> من القانون رقم ٠٥٩ السالف الذكر من دون تحديد للجهة المكلفة بذلك.

#### شروط متعلقة بنوع معين من المسابقات الإشهارية:

كتلك المسابقات التي تحفّز الجمهور على شراء المنتجات، والاستفادة من الخدمات، وذلك بإغرائه بهدايا وقيم مالية يحصل عليها باقتنائه لما هو معروض، وهذا ما يجعل الإقبال بكثرة<sup>٣</sup>.  
ولكنّ هذه المسابقات أيضا لها شروط وجب توفّرها، كاسم المنظم وعنوانه، الفترة الزمنية المخصصة للمسابقة، وعرض الجوائز وقيمتها، ويشترط اختيار الفائزين، مع العلم أن مشروعية المسابقة تتوقف على عدم تدخل الصدفة فيها<sup>٤</sup>.  
والإشهار الخاص بتسويق السيارات كذلك له شروط لاستعمال الوسائل الترويجية لإشهار هذه العلامة أو تلك، وللنشاط الإشهاري في هذا المجال دخل كبير بأمن الطرقات وسلامة المواطن<sup>٥</sup>، وهذا ما كان نصّ المادة<sup>٩</sup> من المرسوم التنفيذي رقم ٣٩-٠٨ المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات<sup>٦</sup>، والتي تمنع على الوكيل أن يقوم بالإشهار باختلاف أنواعه، والتي من شأنها تشجيع التصرفات الخطيرة. وذلك لضمان أمن مستعملي الطرق، وبالعكس يشجع على الإشهار الذي يهدف إلى التحسيس والوقاية.

<sup>١</sup> - القانون رقم ١٣/٠٨ يعدل ويتم القانون رقم ٠٥/٨٥ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في ١٧ رجب ١٤٢٩ هـ الموافق لـ ٢٠ يوليو ٢٠٠٨، المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي حول المواد الصيدلانية ذات الاستعمال في الطبّ البشري، ج.ر. عدد ٠٣ لسنة ٢٠٠٨، ص ٩.  
<sup>٢</sup> - بلعروسي أحمد التيجاني ويوسفي أحمد، التشريع والتنظيم المتعلقان بحماية المستهلك، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٨، ص ١٦٥.  
<sup>٣</sup> - دعاس كمال، حق المؤلف والإشهار، شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم القانونية، الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص ٤٥.  
<sup>٤</sup> - محمد بودالي، المرجع السابق، ص ٢٢٢.  
<sup>٥</sup> - بوراس محمد، المرجع السابق، ص ٢٩٨.  
<sup>٦</sup> - المرسوم التنفيذي رقم ٣٩-٠٨ المؤرخ في ٢٤ ذو القعدة ١٤٢٩ الموافق لـ ١٢ ديسمبر ٢٠٠٨، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات، ج.ر. عدد ٧٨ لسنة ٢٠٠٨، ص ١٤.

### الفرع الثاني: الشروط المنظمة للإشهار حسب خصوصية الوسيلة الإشهارية.

بالإضافة للشروط العامة لكيفية الإشهار، هناك أيضا شروط أخرى يجب احترامها، ولكن هذه المرة مرتبطة بنوع الوسيلة المعتمد عليها في نقل الرسالة الإشهارية، فلكل وسيلة خصائصها ومميزاتها التي تنفرد بها، لذا نظمها المشرع الجزائري ولكن دائما بموجب نصوص قانونية متفرقة وهي كالتالي:

#### أولا: الضوابط القانونية للإشهار في الوسائل المقروءة:

دخل في مفهوم الوسائل المقروءة جميع النشريات الدورية والمادة<sup>٦</sup> ٠٦ من القانون العضوي رقم ٠٩٢/٠٥ المتعلق بالإعلام<sup>١</sup> جاء بتعريف يحددها فهي كالصحف والمجلات بكل أنواعها والتي تصدر في فترات منتظمة وصنفها إلى صنفين، النشريات الدورية للإعلام العام والتي حددتها المادة<sup>٧</sup> ٠٧ من نفس القانون بأنها كل "نشرية تتناول خبرا حول وقائع لأحداث وطنية ودولية، وتكون موجهة للجمهور"، أما الصنف الثاني فيشمل الدوريات المتخصصة وهي حسب تسميتها تتناول مواضيع خاصة وتوجه لفئات معينة من الجمهور، وهذا ما نصت عليها المادة<sup>٨</sup> ٠٨ من نفس القانون.

وقد أعطى هذا القانون الأهمية لهذه الدوريات سواء العامة أو الخاصة، ويظهر ذلك في مادته<sup>٤</sup> ٠٤ التي وضعت السلطة جهازا له لضبط الصحافة المكتوبة، والذي يتمتع بالاستقلالية القانونية والمالية، والذي من مهامه المخولة له السهر على احترام مقاييس الإشهار لمراقبة هدفه ومضمونه.

للصحف بأنواعها دور كبير في نقل الخبر والمعلومة للقارئ أو مستهلك هذه الخدمة، ولهذا نصّ المشرع الجزائري بموجب المادة<sup>٢٨</sup> ٢٨ من قانون الإعلام إلى الحدّ من المساحة المخصصة للإشهار والتي لا تزيد عن الثلث (١/٣) من المساحة الإجمالية للنشرية، وهذا حتى ولو كان الإشهار مشروعا حتى لا يقع المستهلك في تضليل يفقد هذه الصحف المصدقية، ولأن الهدف من هذه الأخيرة حصول المستهلك على الأخبار بمختلف أنواعها.

#### ثانيا: الضوابط القانونية للإشهار في الوسائل السمعية والمرئية:

يدخل في فئة هذه الإشهارات كل من الإشهارات التي تتم عن طريق الراديو أو التلفزيون، وعرفها المرسوم التنفيذي رقم<sup>٤١</sup> ٠٤١ المتعلق بالنشاط السمعي البصري على أنها اتصال في صورة خدمات إذاعية أو تلفزيونية تقدم للجمهور، مهما كانت وسيلة بثها<sup>٢</sup>.

#### أ - الراديو:

ينتمي الراديو للأجهزة السمعية أي يقدم خدمة إذاعية وقد عرفته المادة<sup>٧</sup> ٠٧ الفقرة<sup>١</sup> ١ من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه على أنه "خدمة اتصالات راديوية تكون إرسالها معدة لاستقبالها عموم الجمهور مباشرة، ويمكن أن تشمل هذه الخدمة إرسالات صوتية أو تلفزيونية أو أنواعا أخرى من الإرسال".

<sup>١</sup> - القانون العضوي رقم ١٢-٠٥ المؤرخ في ١٨ صفر ١٤٣٣ الموافق ل ١٢ يناير ٢٠١٢، المتعلق بالإعلام، ج.ر. عدد ٠٢ لسنة ٢٠١٢، ص٥

<sup>٢</sup> - المادة ٧ الفقرة ٢ من المرسوم التنفيذي رقم ١٤-٠٤ المؤرخ في ٢٤ ربيع الثاني ١٤٣٥ الموافق ل ٢٤ فبراير ٢٠١٤، المتعلق بالنشاط السمعي البصري

ج.ر. عدد ١٦ لسنة ٢٠١٤، ص١٤

تظهر الضوابط الموضوعية من طرف المشرع الجزائري والخاصة، بالرسائل الإشهارية التي تبث عن طريق الراديو في المرسوم التنفيذي رقم ١٠٣٩٠ السابق الذكر، والذي وضع شروط متعلقة بالإشهار في الإذاعة. وذلك من خلال جملة من الالتزامات الواردة في الفصل الرابع من دفتر الشروط، والتي هي كالآتي:

- وجوب أن يطابق محتوى الرسالة الإشهارية مستلزمات الصدق، واحترام الأشخاص، وهذا ما نصت عليه المادة ٣١.
- أما المادة ٣٨ فقد نصت على ضرورة خلو الرسالة الإشهارية من كل أنواع وأشكال التمييز العنصري أو الجنسي، ومشاهد العنف.
- المادة ٤ ذكرت وجوب عدم استغلال الإشهار الجمهور خاصة الأطفال والمراهقين، وأخيراً نص المادة ٤ الذي يمنع كل إشهار غير مشروع ومحظور تشريعياً.

ومع هذا تبقى وسيلة الراديو ضعيفة نوعاً ما في مجال الإشهار، باعتبارها تعتمد على الوصف اللفظي للسلعة أو الخدمة، وهذا ما يؤثر على إقناع الجمهور<sup>١</sup>.

#### ب - التلفزيون:

للتلفزيون أهمية كبيرة وإيجابية أكبر، فهو أهم الوسائل إقبالاً من الجماهير، وهذا ما يجعل المواد المعروضة من خلاله أكثر عرضة للمشاهدة، فهو يجمع بين خاصيتين، البصر (الصورة) والسمع (الصوت)، ونتيجة لذلك يعطي للجمهور الصورة الكاملة للسلعة أو الخدمة، مما يؤدي لإقناعه والتأثير عليه<sup>٢</sup>.

وعرف المشرع الجزائري خدمة البث التلفزيوني في المادة ٧ الفقرة ٣ من المرسوم رقم ٤١٠٤١ المذكور سابقاً بأنها: "كل خدمة اتصال موجهة للجمهور بواسطة إلكترونية تلتقط في آن واحد من طرف عموم الجمهور أو فئة منه، ويكون برنامجها الرئيسي مكوناً من سلسلة متابعة من الحصص على صور وأصوات".

والشيء نفسه بالنسبة للتلفزيون فقد ضبطها المشرع الجزائري بقواعد منظمة للإشهارات التلفزيونية، وهذا في الفصل الخامس من المرسوم التنفيذي رقم ١٠٣٩٠ السالف الذكر، وما يمكن ملاحظته أن هناك شروط مطابقة للشروط السابقة المتعلقة بالإشهارات الإذاعية والمذكورة في المواد ٣٨-٣٩-٤٠-٤١، والمتعلقة بالتزام الصدق والمصادقية، وعدم استغلال الأطفال، وحظر إشهار المنتجات والخدمات المحظورة قانونياً، وبالإضافة إلى ذلك نصت المادة ٤٦ من نفس المرسوم التنفيذي رقم ١٠٣٩٠ المذكور أعلاه على تحديد وقت البث الإشهاري والذي لا يتجاوز ٤ دقائق عن كل ساعة من البث في المعدل سنوياً، وأيضاً نص المادة ٤٧ من المرسوم التنفيذي رقم ٤١٠٤١ السالف الذكر، والذي نص على وجود احترام القواعد القانونية والتنظيمية المتعلقة بالإشهار، وأيضاً الامتناع عن بث محتويات إعلامية أو إشهارية مضللة.

#### ج - الإشهار الإلكتروني:

كان للتطور التكنولوجي السريع أثراً كبيراً على تطور الإشهار بوسائل حديثة متطورة. فقد ظهر ما يسمى بالإشهار عن طريق الإنترنت أو التلفون المحمول من خلال الرسائل القصيرة (SMS)، أو في البريد الإلكتروني عن طريق الرسائل

<sup>١</sup> - بوراس محمد، المرجع السابق، ص ١٥٨.

<sup>٢</sup> - مريم زعتر، الإعلان في التلفزيون الجزائري، تحليل مضمون إعلانات القناة الوطنية، مذكرة ماجستير في علوم الإعلام والاتصال، كلية الح قوق الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٦٢.

الإلكترونية (Impox) وهي رسائل دعائية تصدرها مواقع مختلفة، وتوهمك بجائزة تنتظر، فالإنترنت تعتبر سوقا مفتوحة للبيع والشراء، الإيجار، فما على التاجر إلا تسجيل إعلانه صوتا وصورة، وهذا ما يعطي الفرصة للمستهلك بمقارنة هذه السلع أو الخدمات من إعلان إلى إعلان وله أيضا خدمة التوصيل إلى المنزل<sup>1</sup>، وعند إغلاقه المرعب الخاص بالرسالة بالأمر close يتفاجأ بعودة هذا الإشهار<sup>2</sup>.

وتتنوع أشكال الإشهارات الإلكترونية، فهناك المواقع الإلكترونية (les sites) والبريد الإلكتروني (Email) وهو رسالة يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويمكن أن تتضمن إشهارات، وهناك أيضا الشريط الإعلاني، وهو مستطيل صغير الحجم بالمقارنة بصفحة الموقع ويتواجد أعلى الصفحة، ويظهر بشكل تلقائي دون أن يطلبه مستخدم الموقع، ولا يستطيع في الغالب التخلص منه لعدم وجود أيقونة لإلغائه، فيجد المستهلك نفسه أمام غزو من الإشهارات.

وفي الحقيقة لم ينصّ المشرع على هذا النوع من الإشهار - الإشهار الإلكتروني - ولم يحذو حذو التشريعات الأوروبية التي تحمي التجارة الإلكترونية، وتضع جوانب قانونية لخدمات مجتمع المعلومات<sup>3</sup>.

إلى جانب الإنترنت هناك وسيلة الهاتف النقال بنظام GSM الذي أُلنت عنه وزارة البريد والمواصلات سنة 1999، وهو بمثابة انطلاقة للاتصالات الجزائرية اللاسلكية<sup>4</sup>.

وفي أوت 2000 منحت الرخصة الأولى لمجمع أوراسكوم لوضع شبكة الهاتف النقال باسمها التجاري "جازي" وعام 2002 استفادت شركة اتصالات الجزائر من رخصة لتنظيم نشاطاتها للهاتف الثابت والنفال، كما خولت لها أيضا بموجب المادة 30 من القرار الوزاري<sup>5</sup> بتقديم الخدمة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية، وفي أوت 2003 تم إنشاء موبيليس للهاتف النقال وبعدها في ديسمبر 2003 منحت الرخصة الثالثة لمجمع الوطنية للاتصالات باسمه التجاري نجمة<sup>6</sup> والتي تعرف بـ "أوريدو" حالياً، وأمام المنافسة القوية ما بين الثلاث مؤسسات وجد المشرع الجزائري نفسه مضطراً لضبط الإشهار في هذا المجال، وهذا بإصداره القانون رقم 03/2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية<sup>7</sup>، وأعطت مهامها لسلطة الضبط للبريد والمواصلات للسهر على وجود منافسة فعلية ومشروعة في هذا المجال، وبهذا أصدرت

<sup>1</sup> - عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 55.

<sup>2</sup> - شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 37.

<sup>3</sup> - بوراس محمد، المرجع السابق، ص 166.

<sup>4</sup> - بن ساعد فاطمة، الإعلانات ودورها في خلق أداء تسويقي فعال، دراسة ميدانية في مؤسسات الاتصال الجزائرية (موبيليس - جيزي - أوريدو)، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2014-2015، ص 155.

<sup>5</sup> - المرسوم التنفيذي المؤرخ في 18 ربيع الثاني 1437 الموافق ل 8 فبراير 2015 المتضمن الموافقة على منح تقديم الخدمة العامة للمواصلات لشركة

اتصالات الجزائر شركة ذات أسهم، ج.ر. عدد 08 لسنة 2015، ص 12

<sup>6</sup> - بن ساعد فاطمة، المرجع السابق، ص 155.

<sup>7</sup> - القانون رقم 03/2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية المؤرخ في 4 جمادى الأولى 1421 الموافق ل 5 أوت

2000، ج.ر. عدد 48 لسنة 2000، ص 6

هذه السلطة قراراً ٠٢ المؤرخ في ٢٠١١/١١/٢ يحدد الشروط والأحكام المطبقة على العروض الإشهارية لمعاملتي الهاتف النقال من نوع GSM<sup>1</sup>.

أما عن شروط الإشهار عن طريق GSM فهو لا يتجاوز مدة العرض الترويجي بما فيه الإشهار ٣ يوماً، ولا يمكن أن تقل المدة الفاصلة بين إشهارين لنفس المنتج عن ٤٥ يوماً، أما بالاختلاف للمنتوجين فلا تقل المدة عن ١٥ يوماً، ويلتزم المتعاملون بصدق المعلومة وصحتها اتجاه زبائنهم مع الالتزام بعدم تضليلهم<sup>2</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن الإشهار باختلاف أنواع رسائله سعى فيه المشرع لوضع قواعد قانونية تضبطه تحقيقاً لحماية ووقاية المستهلك المتلقي للرسالة الإشهارية، ولكن أمام المنافسة الكبيرة ما بين المتعاملين الاقتصاديين، والانتشار الواسع للإشهار في كل مكان وزمان هذه القواعد تبقى غير كافية لوحدها، بل يجب على المعلن احترام جملة من المبادئ الأخلاقية والأدبية، وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

#### المطلب الثاني: المبادئ المتعلقة بالرسالة الإشهارية.

باعتبار المعلن هو صاحب المادة الإعلانية أو الرسالة الإشهارية المراد إيصالها للمتلقي أو الجمهور، فعليه الالتزام بإعلام هذا الأخير بكل صغيرة وكبيرة في المنتج؛ أي يقع عليه الالتزام بالتصريح الصادق والأمين، محترماً في ذلك المبادئ العامة الواردة في مدونة القواعد الدولية في مجال الإشهار تحت عنوان "أخلاقيات المهنة" يهدف لإيجاد نوع من الانضباط الذاتي والارتفاع بأخلاقيات التجارة<sup>3</sup>. وذلك من خلال مراعاة الآداب العامة واحترام القيم الأخلاقية.

بداية ما هي هذه الآداب العامة الواجب احترامها عند إصدار المعلن الرسالة الإشهارية؟ وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

#### أولاً: احترام الرسالة الإشهارية للآداب العامة.

الآداب العامة ما هي إلا تلك الأسس الأخلاقية التي تهدف لحفظ كيان المجتمع، وتمثل الجانب الخلفي للنظام العام، فهي جزء لا يتجزأ منه، لأن النظام العام ما هو إلا مجموعة من المبادئ الأساسية الاجتماعية والسياسية، الثقافية، الاقتصادية، التي يقوم عليها المجتمع، ولأن العلاقة وطيدة ما بين الإشهار والمجتمع لأن الأول يتوجه للثاني، فيجب على المعلن الالتزام حين عرض منتوجاته من سلع وخدمات عن طريق الرسالة الإشهارية، الأخذ بالاعتبار الأسس الجوهرية والقيم الأدبية لكل مجتمع، أي اختيار الرسالة الإشهارية المهذبة المتخلقة لتترك لدى الجمهور انطباعاً أدبياً حميداً، وبهذا تتوقف حرية المعلن عند بداية حقوق المستهلك فله عرض إشهاره بمساعدة المتلقي على اتخاذ قرار الشراء بدون استعمال إشهاراً يحثه على العنف واللامبالاة مثلاً، وهذا ما تنصّ عليه وتزيد من تأكيده عدة مواد قانونية<sup>4</sup>، فتنبص المادة ٤٥ من المشروع التمهيدي لقانون الإشهار ل ١٩٨٤ على ضرورة تجنب المعلن في إشهاراته التجارية كل ما هو مخل بالنظام العام ويحث على العنف، والمادة ٤٨/٢ من المشروع التمهيدي لقانون الإشهار لسنة ١٩٩٣، فينبذ العنف ويحظر على كل معلن أن يخل بالأخلاق والآداب العامة في رسالته الإشهارية، والمادة ٥٥ أيضاً تنصّ على نفس الشيء.

<sup>1</sup> - الموقع الإلكتروني لسلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الملف رقم ٢٠١١/٠١/١٢-٠٢ [www.arpt.dz.ar](http://www.arpt.dz.ar) تم الاطلاع عليه يوم ٢٣/٠٦/٢٠١٦ الساعة ١٧:٠٠.

<sup>2</sup> - بوراس محمد، المرجع السابق، ص ٢٩٤ - ٢٩٥.

<sup>3</sup> - محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١٨٩.

<sup>4</sup> - قندوزي خديجة، المرجع السابق، ص ٤٥.

وأخيراً مشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٩ لم ينس من خلال مواده النص على منع العنف والمشاهد العنيفة<sup>١</sup>، وأهمها المادة ٥ فقرة ٢ التي تنص على أن "يشترط في الإشهار على الخصوص... أن لا يكون مخالفاً بالأداب العامة"، ونص المادة ٣ منه أيضاً تنص على "يمنع كل إشهار مخالفاً للنظام العام أو الأمن العام".

ويمنع أيضاً دفتر الشروط الخاص بالتلفزيون هذا النوع من الإشهارات للأدبية من خلال المادتين ٣٨ و ٣٩، والتي تقابلها المادتين ٣٧ و ٣٨ من دفتر الشروط الخاص بالإذاعة المسموعة، وهذا يحصر المبادئ المتعلقة باحترام الآداب والأخلاق والنظام العام فيما يلي:

- منع ما هو مخالف للأخلاق ومخل للآداب في الرسالة الإشهارية.
- احترام الإشهار للقيم الوطنية والعالمية.
- خلو الإشهار من كل ابتذال، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة ٣ الفقرة ٣ من مشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٩ "يشترط في الإشهار على الخصوص... الخلو من كل ابتذال".
- عدم اللجوء إلى مشاهد عنيفة أو المجازفة قصد تأكيد فاعلية المواد المشهورة عنها في الإشهارات التجارية أو إشجع الشعوذة أو الخرافات<sup>٢</sup>، وهذا أيضاً ما دلّت عليه المادة ٣ من المشروع السابق الذكر.
- يجب ألا يتضمن الإشهار الموجه للأطفال والقصر أية مشاهد أو صور تلحق أضراراً بهم أو تدعو الرسالة الإشهارية للمجازفة.
- عدم الحث على التمييز العنصري أو الجنسي بأشكاله<sup>٣</sup>.
- ألا يتضمن الإشهار في استعمال صورة المرأة أي تلميح يمس بكرامتها وسمعتها<sup>٤</sup>.
- الابتعاد عن استعمال الإشهار للترويج للعلاقات اللاشريعية والتي تتنافى مع القيم الأخلاقية والدينية للمجتمع، وبأن لا تتضمن هذه الإشهارات تلميح وإشارات تخلّ بالآداب العامة، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٩ من مشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٩ أيضاً.

وليس هذا وحسب، بل حتى قانون العقوبات نص على ردع مثل هذه التصرفات المعادية للآداب العامة بما فيها الإشهار المخل بالحياء بموجب نص المادة ٣٣٣ مكرر من ق.ع.ج<sup>٥</sup>: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من ٢٠٠ إلى ١٠٠٠ دج كل من وزع أو أجر أو لصق أو أقيم معرض أو عرض أو شرع في العرض للجمهور... أو زرع أو شرع في التوزيع كل مطبوع أو محرر أو رسم أو إعلان أو لوحات زيتية أو صور فوتوغرافية أو أصل الصورة أو أنتج أي شيء مخلّ بالحياء".

وما يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع ونظراً لأهمية الموضوع ذكر كل ما يمس بالآداب العامة وحرّم كل رسالة إشهارية تحتوي على ما يمس هذه الأخيرة، وجعل الشرع كالفعل المرتكب، وذكر بذلك عبارة "المخلّ بالحياء" ليترك المجال

<sup>١</sup> - قندوزي حديجة، المرجع السابق، ص ٤٥.

<sup>٢</sup> - نعيمة علوش، العلامات في مجال المنافسة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، ٢٠١٣، ص ١٢١.

<sup>٣</sup> - محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١٨٩.

<sup>٤</sup> - نعيمة علوش، المرجع السابق، ص ١٢٢.

<sup>٥</sup> - القانون رقم ٠١/١٤ المؤرخ في ٠٤ ربيع الأول ١٤٣٥ الموافق ل ٠٤ فبراير ٢٠١٤ يعدل ويتمم الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ١٣ صفر ١٣٨٦ الموافق ل ٠٨ يونيو ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات.

للقاضي بسلطته التقديرية وهذا كله لحماية المستهلك من الإشهارات غير مهذبة ومشينة. وبالإضافة للأداب العامة ووجوب احترامها من قبل المعلن فعليه أيضا الالتزام بالقيم الأخلاقية.

ثانيا: احترام الرسالة الإشهارية للقيم الأخلاقية.

تعرف القيم على أنها مجموعة من المتغيرات الاجتماعية التي تحكم علاقات المستهلكين فيما بينهم، والتي تتطور في إطارها علاقتهم بالإشهار ونظرتهم إليه، ولذلك فإن للإشهار دور أساسي في التعبير عن قيمنا الأخلاقية والاجتماعية، والتي تختلف من جماعة لأخرى، ولهذا يسعى ويعمل المعلن على البحث عن هذه القيم التي تتفق فيها الكثير من المجتمعات ليجسدها في رسالته الإشهارية، ليعرف ويختلف المجتمع الجزائري عن المجتمعات الأخرى في قيمه الأخلاقية، وعلى هذا الأساس نصّت المادة ٥٨ من المشروع السابق الذكر على أنه: "يخضع الإشهار المستورد والمعد للبحث في الجزائر، إلى نفس الأحكام المتعلقة بالإشهار المعد والمبث في التراب الوطني".

وفي هذه المادة يتساوى المشرع الجزائري بين الإشهار المستورد والإشهار الوطني، ويخضعه لنفس الأحكام الإشهارية لأنه معد ويبث في الجزائر، لذا فهو يلتزم بكل ما يلتزم به الإشهار الوطني من التزامات من شأنها حماية المستهلك من التضليل في الإشهار على السلع والخدمات المعلن عنها والتي قد تمس بالصحة ومصالحه المادية، وحتى أخلاقه<sup>1</sup> من كل خدش للثقافات الدينية أو الفلسفية أو السياسية للأفراد<sup>2</sup>.

إن مسألة احترام الرسالة الإشهارية للقيم الأخلاقية هي نسبية نظراً لتغير هذه الأخيرة من مجتمع لآخر، وحتى من فترة لأخرى، وهكذا نجد أن الإشهارات قد تتخطى الحدود الجغرافية، وتحرّر من القيود في ظل العولمة والانفتاح الاقتصادي، وبهذا نجد أن هذا قد يؤثر على ضبط الرسالة الإشهارية لتناسب والمجتمع الجزائري الإسلامي، فمهمة الرقابة تزيد صعوبة في هذه الحالة.

وبناء على ما تقدم فإن الحماية القانونية الوقائية للمستهلك في الإشهارات التجارية تتمثل في التنظيم الذاتي واحترام الرسالة الإشهارية للقواعد القانونية، إضافة إلى الالتزام بالمبادئ العامة التي تسعى إلى تقييد حرية المعلن لتحقيق الحماية للطرف الضعيف، وهو المستهلك المتلقي لتلك الرسالة الإشهارية، وضبط هذه الأخيرة لتتلاءم والنظام العام والآداب العامة وقيم المجتمع الجزائري.

الخاتمة:

إن الإشهارات التجارية في تطور سريع ومستمر نتيجة ارتباطها بالتطور التكنولوجي الذي يبرز يوماً ابتكارات وأساليب حديثة يتبعها المتعاملين الاقتصاديين الذين يسعون إلى استعمالها، وإقحامها في المجال الإشهاري لتسهيل بلوغ فهم المتمثل في الترويج السريع لمنتجاتهم، والتأثير على سلوك المستهلك لحثه على اقتناء منتجاتهم دون غيرها من تلك المنتوجات المعلن عنها، كما تساعد هذه الابتكارات أيضا المعلنين على غزو أكبر قدر من الأسواق لتجتاح تلك الإشهارات الحدود الجغرافية، الأمر الذي يستدعي تضافر جهود كل الدول من أجل إحاطة المستهلك بقدر من الحماية أمام هذا الكم الهائل من الإشهارات التجارية، والأساليب التكنولوجية الجديدة المستعملة في هذا المجال.

<sup>1</sup> - قندوزي حديجة، المرجع السابق، ص ٥٠.

<sup>2</sup> - محمد بودالي، المرجع السابق، ص ١٨٩.

وخرجت في الأخير بمجموعة من الاستنتاجات هي كما يلي:

- الإشهار التجاري أصبح منظومة قائمة بذاتها تعتمد على قواعد علمية، ومهارات فنية مدروسة من قبل المتخصصين، فهذا ما زاد الهوة اتساعاً بين طرفي العملية الإشهارية، والتي تستلزم ضرورة حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة.
- العمل على ضرورة تفعيل المبادئ المحترمة بالنظام العام والآداب العام.
- العمل على تفعيل الرقابة على المادة أو الرسالة الإشهارية قبل وصولها للمستهلك.

وهذه بعض التوصيات من وجهة نظري:

- ناشد بضرورة الإفراج عن مشروع قانون الإشهار ١٩٩٩ مع إضافة بعض التعديلات، خاصة فيما يتعلق برفع قيمة الغرامة المالية المفروضة على المعلن في حالة إخلاله، ومخالفته لمحتوى هذا المشروع.
- يجب أن يتضمن قانون الإشهار نصوص قانونية مرنة تتجاوب، والتطور السريع للإشهار التجاري.
- إعطاء الأهمية والمساعدة الميدانية للجمعيات من أجل تفعيل دورها الرقابي قبل وبعد العملية الإشهارية، ودورها التوعوي للمستهلك.
- إنشاء مكاتب متخصصة مع تكوين إطارات ذات مهارات عالية في المجال الإشهاري، والتي تخول لها سلطة الرقابة الفعلية للرسالة الإشهارية قبل نشرها أو بثها في كافة الوسائل الإشهارية.
- تمكين قانون الإشهار بعقوبة الإشهار التصحيجي، وفي حالة رفض المعلن ذلك يجب إيقاف الإشهار دون اللجوء للقضاء.

قائمة المراجع :

- القاضي أنطوان الناشف، الإعلانات والعلامات التجارية بين القانون والاجتهاد، (دراسة تحليلية شاملة)، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- بتول صراوة عبادي، التضليل الإعلاني التجاري وأثره على المستهلك (دراسة قانونية)، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- بلعروسي أحمد التيجاني ويوسفي أحمد، التشريع والتنظيم المتعلقان بحماية المستهلك، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٨.
- بوراس محمد، النظام القانون للإشهار عن المنتجات والخدمات (دراسة تأصيلية للإشهار التجاري)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٦.
- شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، دون تاريخ.
- نعيمة علوش، العلامات في مجال المنافسة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، ٢٠١٣.
- رسائل الدكتوراه:
- بن ساعد فاطنة، الإعلانات ودورها في خلق أداء تسويقي فعال، دراسة ميدانية في مؤسسات الاتصال الجزائرية (موبيليس- جيزي- أوريدو)، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، سيدي بلعباس، السنة الجامعية ٢٠١٤-٢٠١٥.
- رسائل الماجستير:
- دعاس كمال، حق المؤلف والإشهار، شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم القانونية، الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
- قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية (على ضوء المشروع قانون الإشهار لسنة ١٩٩٩)، مذكرة ماجستير، قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية ٢٠٠٠-٢٠٠١.
- محمد شحات، العلاقة بين التمويل الإشهاري والأداء الصحفي في الصحف اليومية الوطنية- الخبر، الشروق El Watan، مذكرة ماجستير، كلية العلوم السياسية والإعلام، قسم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، السنة الجامعية ٢٠١٠-٢٠١١.
- مريم زعتر، الإعلان في التلفزيون الجزائري، تحليل مضمون إعلانات القناة الوطنية، مذكرة ماجستير في علوم الإعلام والاتصال، كلية الحقوق الإخوة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
- المراجع القانونية:
- الأمر رقم ٦٧-٢٧٩ المؤرخ في ١٩ رمضان ١٣٧٨ هـ الموافق لـ ٢٠ سبتمبر ١٩٦٧ م المتضمن إحداث شركة وطنية تسمى بالوكالة الوطنية للنشر والإشهار، ج.ر. عدد ٢ لسنة ١٩٦٨.
- القانون ٥-٩١. المؤرخ في ٣٠ جمادى الثانية ١٤١١ الموافق لـ ١٦ يناير، المتعلق بتعميم استعمال اللغة العربية ج.ر. عدد ٠٣ لسنة ١٩٩١.
- القانون رقم ٣/٢٠٠٠. المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية المؤرخ في ٤ جمادى الأولى ١٤٢١ الموافق لـ ٥ أوت ٢٠٠٠، ج.ر. عدد ٤٨ لسنة ٢٠٠٠.
- القانون رقم ٢/٠٤. المؤرخ في ٥ جمادى الأولى ١٤٢٥ هـ الموافق لـ ٢٣ يونيو ٢٠٠٤، المتعلق بالممارسات التجارية، ج.ر. عدد ٤١ لسنة ٢٠٠٤.

- القانون رقم ١٣/٠٨ يعدل ويتمم القانون رقم ٥/٨٥ . المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المؤرخ في ١٧ رجب ١٤٢٩ هـ الموافق لـ ٢٠ يوليو ٢٠٠٨ ، المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي حول المواد الصيدلانية ذات الاستعمال في الطب البشري، ج.ر. عدد ٠٣ لسنة ٢٠٠٨ .
- القانون رقم ٣/٠٩ . المؤرخ في ٢٩ صفر ١٤٣٠ الموافق لـ ٢٥ فبراير ٢٠٠٩ ، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر. عدد ١٥ لسنة ٢٠٠٩ .
- القانون رقم ١/١٤ . المؤرخ في ٠٤ ربيع الأول ١٤٣٥ الموافق لـ ٠٤ فبراير ٢٠١٤ . يعدل ويتمم الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ١٣ صفر ١٣٨٦ الموافق لـ ٠٨ يونيو ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات.
- القانون رقم ١٤-٠٤ ، المؤرخ في ٢٤ ربيع الثاني ١٤٣٥ هـ الموافق لـ ٢٤ فبراير ٢٠١٤ ، المتعلق بالنشاط السمعي البصري، ج.ر. عدد ١٦ لسنة ٢٠١٤ .
- القانون العضوي رقم ١٢-٠٥ . المؤرخ في ١٨ صفر ١٤٣٣ الموافق لـ ١٢ يناير ٢٠١٢ ، المتعلق بالإعلام، ج.ر. عدد ٠٢ لسنة ٢٠١٢ .
- المرسوم رقم ٦٣-١٠١-٣٠ المؤرخ في ٢٣ ربيع الأول ١٣٨٣ هـ الموافق لـ ١٤ أوت ١٩٦٣ م، المنظم للإشهار التجاري، ج.ر. عدد ٥٩ المؤرخة في ٢٣ أوت ١٩٦٣ .
- المرسوم رقم ٨٦-٢٨٣-٣٠ المؤرخ في ٣٠ ربيع الأول ١٤٠٧ هـ الموافق لـ ٢١ ديسمبر ١٩٨٦ ، إعادة تنظيم الوكالة الوطنية للنشر والإشهار ج.ر. عدد ٤٩ لسنة ١٩٨٦ .
- المرسوم التنفيذي رقم ٣٩/٩٠ المؤرخ في ٣ رجب ١٤١٠ هـ الموافق لـ ٣٠ يناير ١٩٩٠ ، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، ج.ر. عدد ٠٥ لسنة ١٩٩٠ .
- المرسوم التنفيذي رقم ٩١-١٠١-١٠ المؤرخ في ٥ شوال ١٤١١ الموافق لـ ٢٠ أفريل ١٩٩١ يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون، ج.ر. عدد ١٩ لسنة ١٩٩١ .
- المرسوم التنفيذي رقم ٩١-١٠٣-١٠ المؤرخ في ٣ شوال ١٤١١ الموافق لـ ٢٠ أفريل ١٩٩١ يتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالبث الإذاعي السمعي إلى المؤسسة العمومية للإذاعات المسموعة، ج.ر. عدد ١٩ لسنة ١٩٩١ .
- المرسوم التنفيذي رقم ٩٢-٢٨٦-١٠ المؤرخ في ٥ محرم ١٤١٣ الموافق لـ ٦ جويلية ١٩٩٢ ، ج.ر. عدد ٥٣ لسنة ١٩٩٢ .
- المرسوم التنفيذي رقم ٠٨-٣٩-٠٠ المؤرخ في ٢٤ ذو القعدة ١٤٢٩ الموافق لـ ١٢ ديسمبر ٢٠٠٨ ، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات، ج.ر. عدد ٧٨ لسنة ٢٠٠٨ .
- المرسوم التنفيذي رقم ١١-٢١٦-١٠ المؤرخ في ١٠ رجب ١٤٣٢ هـ الموافق لـ ١٢ يونيو ٢٠١١ ، يحدد صلاحيات وزير الاتصال، ج.ر. عدد ٣٣ لسنة ٢٠١١ .

- المرسوم التنفيذي رقم ١١-٢١٧ المؤرخ في ١٠ رجب ١٤٣٢ الموافق لـ ١٢ يونيو ٢٠١١، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية لوزارة الاتصال، ج.ر. عدد ٣٣ لسنة ٢٠١١.
- المرسوم التنفيذي رقم ١٤-٠٤ المؤرخ في ٢٤ ربيع الثاني ١٤٣٥ الموافق لـ ٢٤ فبراير ٢٠١٤، المتعلق بالنشاط السمعي البصري ج.ر. عدد ١٦ لسنة ٢٠١٤.
- المرسوم التنفيذي المؤرخ في ١٨ ربيع الثاني ١٤٣٧ الموافق لـ ٨ فبراير ٢٠١٥ المتضمن الموافقة على منح تقديم الخدمة العامة للمواصلات لشركة اتصالات الجزائر شركة ذات أسهم، ج.ر. عدد ٠٨ لسنة ٢٠١٥.
- المواقع الإلكترونية:
- الموقع الإلكتروني لسلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الملف رقم ٠٢-١٢/٠١/٢٠١١/٠١ تم الاطلاع عليه يوم ٢٣/٠٦/٢٠١٦ الساعة ١٧:٠٠.



## حدود فعالية الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر البيئي

أ. بن قردي أمين، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم- الجزائر.

### - الملخص :

عندما يحدث التلوث فإنه لا يقتصر على إلحاق الضرر بالأشخاص أو الأموال المملوكة لهم، وإنما قد يصيب عناصر البيئة الطبيعية ذاتها من ماء وهواء وتربة كما يهدم أنظمة البيئة الإيكولوجية ، فإذا ثبت مسؤولية الملوث فإنه يقع على عاتقه إصلاح الأضرار التي وقعت نتيجة التلوث والذي يتحقق بالتعويض العيني وبصفة خاصة إعادة الحال إلى ما كانت عليه والذي يعد أفضل طريقة للتعويض عن أضرار التلوث فهو يؤدي إلى إزالة الضرر البيئي أو يحول دون تزايد أو تفاقمه. ولكن قد يصادف القاضي بالعديد من العقبات التي تحول بينه وبين الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ويكون حينئذ مضطراً إلى القضاء بالتعويض النقدي.

### - الكلمات المفتاحية:

البيئة- الضرر البيئي - التعويض - سلطة القاضي- العقبات والصعوبات

### Summary :

When contamination occurs, it is not limited to damage to persons or property owned by them but may affect the natural environment itself the elements of water, air, soil and destroys the environment and ecological systems. If it is proven for contaminator responsibility, it falls upon himself to repair the damage that occurred as a result of pollution, which is achieved in-kind compensation. In particular re-course to what it was, which is the best way to compensate for pollution damage. It leads to the removal of environmental damage or impede the growing, or aggravation. But the judge may encounters many obstacles to judge of return to what it was then so he becomes obliged to judge cash compensation.

## مقدمة:

إذا كان جبر الضّر بالنسبة للإنسان يتم بدفع مبلغ من المال أو بمنع حدوث التلوث أو تقليده في المستقبل فإن الضّر الذي يلحق بالبيئة أو بالموارد والعناصر الطبيعية المملوكة أو غير المملوكة لا يصلحه إلا إعادة الحال إلى ما كنت عليه فهذا الطّريق للتعويض يتلاءم مع الأضرار البيئية فهو يتضمن إزالة الضرر واتخاذ الإجراءات الإصلاحية المناسبة لمنع تفاقم الأضرار فالأهم بالنسبة للبيئة أو للشخص المضرور إزالة الضرر ومعالجة التلوث بحيث تعود الحالة إلى ما كانت عليه في الأصل والتعويض لن يعيد الأمور إلى ما كانت .

وتبرز أهمية موضوع إعادة الحال إلى ما كنت عليه في الاهتمام المتزايد بالبيئة خاصة بعد الكوارث والأزمات التي برزت في العقود الأخيرة والتي تؤثر بشكل مباشر على الحياة بالنسبة للإنسان وعلى الأرض بالنسبة للعناصر الطبيعية ، وتثير المعالجة القانونية لفعالية الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه التساؤلات التالية : فما هو نظام إعادة الحال إلى ما كانت عليه ؟ وما هي الحالات التي لا يطبق فيها هذا النظام ؟

المبحث الأول: مفهوم إعادة الحال إلى ما كانت عليه

المطلب الأول: تعريف إعادة الحال إلى ما كانت عليه

يعتبر نظاما مناسباً للوسط البيئي الذي لحقه الضرر فهو وسيلة إصلاح البيئة المصابة بسبب التلوث فإذا كان جبر الضرر بالنسبة للإنسان يتم بدفع مبلغ من المال فإن الضّر الذي يلحق بالبيئة أو أحد عناصرها المملوكة أو غير المملوكة لا يصلحه إلا إعادة الحال إلى ما كان عليه ،<sup>1</sup> فآلية إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضّر البيئي تعد صورة متميزة من الضرر التي يتم من خلالها إصلاح الضرر الناجم عن العمل غير المشروع وهو يؤدي دورا هاما في المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية ، فهو يسعى إلى إزالة آثار العمل غير المشروع التي تمسّ البيئة<sup>2</sup> فسلامة البيئة تقتضي عدم ترك آثار العمل غير المشروع الضار بالبيئة لتحدث مزيدا من الآثار التراكمية الضارة و الملوثة على أن يعوض بعدها المضرور عما لحقه من ضرر. فهو إعادة الوضع الذي كان قائما قبل وقوع الفعل الذي يتسبب في هذا الضرر<sup>3</sup>.

وتتم إعادة الحال إلى ما كانت عليه بإيقاف المسؤول لعمله غير المشروع ورد الحقوق إلى أصحابها بموجب الالتزامات والنصوص القانونية الواجبة التطبيق والتي ينتج عن خرقه لها قيام مسؤوليته، ومنه يستمد نظام إعادة الحال إلى ما كانت عليه أهمية وجوده من ضرورة وقف أو إزالة الضرر بالنسبة للمستقبل خاصة في مجال الأضرار الإيكولوجية الخالصة وإعادة الحالة الطبيعية للعناصر التي تعرضت للتدهور البيئي إلى وضعيتها الأصلية أو إلى وضعية قريبة منها<sup>4</sup>

ولقد تم التّنصيب على هذا النظام إلى ما كان عليه في العديد من الاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية، وتأكيدا لهذا فإن الكتاب الأخضر الخاص بالتوجهات الأوروبية في مجال الأنشطة البيئية قد أوصى بأن " إعادة الحال إلى ما كان عليه كتعويض عيني يمثل العلاج الوحيد الأكثر ملائمة"<sup>5</sup> وأيضا التعليمات الأوروبية الصادرة في المجلس الأوروبي في ٢١ أفريل ٢٠٠٠

<sup>1</sup> - عطا سعاد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة ٢٠١١، ص ١٠٧

<sup>2</sup> - عباد قادة، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة ٢٠١٦، ص ١٤٦

<sup>3</sup> - أنور جمعة علي الطويل، دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الفكر والقانون، مصر، سنة ٢٠١٤، ص ٤٣١

<sup>4</sup> - نور الدين رحالي، التعويض العيني في مجال الضرر البيئي، سنة ٢٠١٣ ، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١١٢-١١٣، المغرب، ص ٦٢

<sup>5</sup> - عباد قادة، مرجع سابق، ص ١٤٧

حول تعويض الأضرار البيئية حيث أشارت إلى أساليب وإمكانيات تعويض الأضرار البيئية ومن بينها التعويض في صورة إعادة الحال إلى ما كنت عليه واستبعاد التعويض المالي (التعويض بمقابل) متى كان التعويض العيني ممكنا.

فدوره إزالة الضرر تماما وكأنه لم يكن فهو أفضل الطرق للتعويض لأنه يؤدي إلى جبر الضرر تماما ، فهو محاولة للعودة إلى الوضع الذي كان قائما من قبل فهي شكل من أشكال رد الحق عينا، فالهدف من الحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه كتعويض عيني هو وضع المكان الذي أصابه التلوث في الحالة التي كان عليها قبل صدور القرار الملوث للبيئة أو في حالة قريبة منها بقدر الإمكان<sup>1</sup> وهو يتخذ شكلين الأول هو إصلاح وترميم الوسط البيئي الذي أصابه التلوث بتنظيفه من التلوث أو زراعة أشجار أخرى بدلا من الأشجار التي هلكت بسبب التلوث أو إيجاد أنواع من الطيور أو الكائنات الحية محل تلك التي أنفقت والثاني هو إعادة تنشيط شروط معيشية للأماكن التي يهددها الخطر<sup>2</sup> ويشكل الأمر بإعادة الحال إلى ما كان عليه في أغلب الأحوال عقوبة تكميلية يلتزم بها المسؤول بجانب العقوبة الأصلية التي قد تكون جنائية أو إدارية وخاصة في حالة مخالفته لإحدى قواعد الضبط الإداري<sup>3</sup> فعلاوة على العقوبات الجنائية المقررة في حالة مخالفة النصوص المتعلقة بحماية البيئة والتي يحكم لها القاضي الجنائي كعقوبة أصلية هناك عقوبات تبعية أو تكميلية يوقعها القاضي ويلتزم بها المسؤول<sup>4</sup> فمثلا نجد المشرع الجزائري قد نص عليه في قوانين العقوبات الخاصة كعقوبة جزائية تطبق على الأشخاص المسؤولين عن التلوث وذلك في نص المادة ٣١٠ من القانون ٢٠٠٣<sup>5</sup> بأن استغلال المنشأة دون الحصول على ترخيص يجوز للمحكمة الأمر بإرجاع الأماكن إلى حالتها الأصلية في أجل محدد وكذلك ما تضمنته المادة ١٠ من نفس القانون بحيث عدم الامتثال لتدابير الإعدار في أجل المحدد لاتخاذ تدابير الحراسة أو إعادة منشأة أو مكانها إلى حالتها الأصلية بعد توقف النشاط بها.

**المطلب الثاني: الآليات المعتمدة لتطبيق إعادة الحال إلى ما كانت عليه**

لقد نصت اتفاقية لوجانو على هذه الآليات كشكل من أشكال التعويض فعرفته المادة ٢/٨ من هذه الاتفاقية بأنه " كل وسيلة معقولة يكون الغرض منها إعادة تهيئة أو إصلاح المكونات البيئية المضروبة وكذلك الوسائل التي يكون قصدها إنشاء حالة من التعادل إذا كان ذلك معقولا وممكنا للعناصر المكونة للبيئة<sup>6</sup> ومنه العبرة بمعقولية الوسيلة بغض النظر عن النتيجة .

وتماشيا مع هدف الحفاظ على البيئة وتعويض الوسائل التي تهدف لإعادة البيئة إلى الحالة التي كانت عليها قبل حدوث التلوث نجد الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن الأضرار التي تنتج أثناء نقل البضائع الخطرة قد نصت على " التعويضات التي يحكم بها بصفة الأضرار البيئية تحدد حسب قيمة الوسائل المعقولة التي تم اتخاذها لإعادة الحال إلى ما كانت عليه بالنسبة للمكان الذي لحقه الضرر<sup>7</sup> فيشترط في إجراءات إعادة الحال إلى ما كنت عليه أن تكون معقولة ومناسبة

<sup>1</sup> - سعيد سيد قند يل، آليات تعويض الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، مصر سنة ٢٠٠٤، ص ٣٠.

<sup>2</sup> - عطا سعاد محمد حواس، مرجع سابق، ص ١١٥.

<sup>3</sup> - سعيد سيد قند يل، مرجع سابق، ص ٢٨.

<sup>4</sup> - عطا سعاد محمد حواس، مرجع سابق، ص ١٠٨.

<sup>5</sup> - قانون رقم ١٠/٠٣ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الصادر بتاريخ ٢٠/٠٧/٢٠٠٣، الجريدة الرسمية العدد ٤٣.

<sup>6</sup> - عباد قادة، مرجع سابق، ص ١٥٠.

<sup>7</sup> - معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، بدون سنة، ص ١٣٣.

ومناسبة فلا يمكن للقاضي أن يأمر أو يعرض إلا الوسائل أو الإجراءات المعقولة والمناسبة التي تم أو سيتم اتخاذها في سبيل إزالة التلوث الحاصل وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث هذا التلوث<sup>1</sup> و نجد في هذا الصدد أن القضاء الفرنسي قد طبق شرط المعقولية لتناسب الإعادة مع تكاليف القضية zeo coltroni في عام ١٩٨٠ والتي تتعلق بتدمير إحدى الغابات على شاطئ porto rico بسبب تسرب بترول من إحدى الناقلات، فقررت المحكمة أن مبلغ التعويض المقضي بإعادة الحال إلى أشجار الغابة المتضررة يجب أن يتناسب مع التكلفة المعقولة لإعادة الحال قبل حدوث التلوث بالزيت و لا يعتد بتلك المصروفات إلى التكاليف المبالغ فيها وقد أشار كتاب الأبييض لعام ٢٠٠٠ إلى وجوب عدم اللجوء إلى وسائل استعادة الحال الزائدة عن الحد وغير المتناسب مع الضرر واختيار التكلفة المعقولة لإزالة الضرر وتجنب التكاليف الزائدة<sup>2</sup>

المبحث الثاني: موانع الحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه

رغم الأهمية التي يكتسبها هذا النظام باعتباره أسلوباً جديداً لإصلاح الأضرار البيئية إلا أن هناك صعوبات تطرأ على القاضي وهو بصدد الحكم بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل حصول الضرر البيئي مما يؤدي ذلك استحالة تنفيذ حكمه ولا يكون أمامه في هذه الحالة إلا اللجوء إلى التعويض النقدي ومنه تتمثل هذه الاستحالة في استحالة مادية والأخرى استحالة مالية:

المطلب الأول: الاستحالة المادية

في بعض الأحيان يستحيل استرداد الوضعية الأصلية للعناصر المتضررة، بحيث لا يمكن إعادة الحال إلى ما كان عليه خصوصاً في الأضرار الجسدية التي تلحق الإنسان أو التي تدمر ممتلكاته أو أمواله، كما في حالة الوفاة أو الإعاقة نتيجة استنشاق غازات سامة أو بسبب أمراض الرئة التي تصيب الشخص نتيجة تعرضه للتلوث أو اضطراب الأعصاب نتيجة الضوضاء الشديدة<sup>3</sup> ومنه هذه الأضرار الجسدية يتم تعويضها نقداً، وهناك أيضاً أضرار تؤدي إلى زوال أو هدم عنصر طبيعي بصورة نهائية لا يمكن استرداده كحالة القضاء على آخر فصيلة حيوانية أو نباتية، أو تغيير الخصائص الفيزيائية لوسط طبيعي بفعل إشعاعات أو تلوث بمواد خطيرة أو سامة<sup>4</sup> وكذلك انقراض العديد من أنواع الغابات بسبب الحرائق والتلوث البيئي مما يؤدي ذلك إلى صعوبة عودة النبات الأصلي إلى وضعه هذا وإلى الاستقرار<sup>5</sup> وخير مثال على ذلك الكارثة البترولية الذي حدثت بسبب حرب الخليج التي أدت إلى إلقاء عشرات من الأطنان من البترول في مياه الخليج وتدمير أكثر من خمسمائة بئر بترولية على أرض الكويت، مما أدى إلى ذلك انبعاث سمومها في جو الخليج كله. وهناك أضرار تكون مستمرة وليس من السبيل لإنهاءها أو إزالتها والتي تؤدي إلى عدم استعادة بعض المواقع أو المناطق، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن تطبيق إجراءات إعادة الحال وتكون في هذه الحالات إن صح القول استحالة مادية مطلقة.

<sup>1</sup> - عطا سعاد محمد حواس، مرجع سابق، ص ١١٨

<sup>2</sup> - أنور جمعة علي الطويل، مرجع سابق، ص ٤٤٨-٤٤٩.

<sup>3</sup> - قلوب الطيب، مسؤولية المؤسسة عن الضرر البيئي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة

وهران، الجزائر، ٢٠١٤/٢٠١٥، ص ١٩٠

<sup>4</sup> - نور الدين رحالي، مرجع سابق، ص ٧١

<sup>5</sup> - حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخزانة، الجزائر سنة ٢٠١١، ص ٣٠٣

### المطلب الثاني: الاستحالة المالية

هناك بعض الصّعوبات الماليّة التي تواجه إعادة الحال إلى ما كان عليه خصوصا عندما تكون الأضرار البيئية كبيرة أو ممتدة على نطاق واسع. فتكون في بعض الأحيان وسائل إعادة الحال إلى ما كانت عليه باهظة و مكلفة مما يرهق كاهل المتسبب في الضرر ويسبّب له خسائر مالية كبيرة أي يكون في وضع لا يؤهله للقيام بإعادة الحال إلى ما كانت عليه، كالحكم بإعادة الأراضي إلى حالتها قبل التلوث ومنه تحتاج إلى تكلفة عالية خاصة إذا كانت الأرض كبيرة، فمثل هذه الحالة أقول يكتفي القاضي بالحكم على المتسبب في الضرر بالتعويض التقدي و طبقا للعدالة فلا يجب أن تزيد تكلفة عملية إعادة الحال إلى ما كانت عليه عن القيمة الفعلية للمكان المطلوب إزالة التلوث عنه وإعادته إلى حالته قبل حدوث هذا التلوث، أي لا نكلف المسؤول أعباء لا يقدر عليها ومن شأنها إحداث خسارة فادحة و جسيمة له و في نفس الوقت لا يعفى من مسؤوليته عن الأضرار التي تسبب فيها. الأمر الذي يستوجب البحث عن طريقة أخرى لتمويل إعادة الحال إلى ما كانت عليه.

### خاتمة:

تبعاً لما تقدم يستمدّ نظام إعادة الحال إلى ما كنت عليه أهمية وجوده من ضرورة وقف أو إزالة الضرر بالنسبة للمستقبل وإعادة الحالة الطبيعية للعناصر التي تعرضت للتدهور البيئي إلى وضعيتها الأصلية الأولى وضعية قريبة منها ومنه توصلنا إلى النتائج و التوصيات التالية:

### •-النتائج:

- ✓ رغم الأولوية بالنسبة للأضرار البيئية هي إصلاح الضرر وإعادة الحال إلى ما كنت عليه إلا أن هذا الأخير ليس يسيرا دائما و يصطدم بكثير من الصّعوبات .
- ✓ أن التلوث البيئي و الضرر الناجم عنه في حاجة إلى فترة زمنية طويلة لإصلاح كافة آثاره وإعادة المنطقة إلى ما كنت عليه في السابق فهو يحتاج وقتا من الزمن حتى تعود البيئة أو العناصر المصابة منها إلى حالتها الأولى؛ أي لا يتحقق في الحال كتنظيف مياه البحر التي تلوثت بالنفط .
- ✓ هناك العديد من الأضرار ذات طبيعة انتشارية مما يصعب تداركها لأنه مهما تم الإصلاح الوضع وتنقية المنطقة المتضررة فلا يمكن إرجاعها إلى ما كانت عليه في السابق، ويكون مستحيلا أيضا خصوصا إذا تعلق الأمر بإتلاف موارد بيئية غير قابلة للتجديد
- ✓ هناك حالات لا يتيسر الحكم بإعادة الحال إلى ما كنت عليه فكيف يتم استعادة شجرة تم قلعها أو القضاء على آخر فصيلة حيوانية .
- ✓ في بعض الحالات يتطلب إعادة الحال إلى ما كانت عليه نفقات باهظة مما يؤدي إلى إيقال كاهل المتسبب في الأضرار البيئية ومنه لا يجوز إنفاق أموال طائلة من أجل إزالة تلوث عن مكان قد لا تقدر قيمته بقيمة الأموال المصروفة لإزالة التلوث .
- ✓ إن الصبغة العقلانية وإن كانت تحقق عدالة بالنسبة لأصحاب المنشآت و الاقتصاد الوطني إلا أنها لا تحقق حماية فعالة للبيئة؛ لعدم إمكانية تطبيق إعادة الحال إلى ما كانت عليه في الأضرار البيئية الكبرى أو الكارثية لأنه لا يمكن لأغلب المؤسسات الملوثة أن تتحمل تكاليف إعادة الحال إلى ما كانت عليه بمفردها .

- ✓ يعتبر أسلوب صعب بالنسبة للقاضي ومنه يستحيل عليه الحكم به في كثير من الحالات بحيث يجعل القاضي أمام صعوبات كبيرة خصوصا بالنظر إلى الطبيعة الانتشارية والجسامة التي يتسم بها الضرر البيئي و الطبيعة الخاصة للموارد البيئية ومدى قابليتها للموارد البيئية ومدى قابليتها للتجديد والإصلاح
- ✓ أيا كان الوضع فإن إعادة الحال إلى ما كانت عليه يبقى اختياريا بالنسبة للقاضي فهو ليس ملزما بأن يحكم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر البيئي لكن يتعين عليه أن يقضي به إذا كان ممكنا.

#### • التوصيات:

- ✓ جعل إعادة الحال إلى ما كانت عليه مقصورة فقط على حالات التدهور البسيط والذي يمكن للمنشأة الملوثة أن تتحمل نفقاتها و إيجاد بدائل مكملة لتمويل إعادة الحال كما هو الحال في نظام التأمين في الأضرار البيئية الكبرى أو الكارثية ، أي إدخال صناديق خاصة لمكافحة التلوث عن طريق القضاء لإعادة الحال إلى ما كنت عليه ومنه تقاسم أعباء إعادة الحال عن طريق التأمين .
- ✓ حاجة القاضي أثناء الحكم بإعادة الحال إلى ما كنت إلى مساعدة الخبراء ومتخصصين في مجال البيئة لمتابعة الأضرار البيئية.
- ✓ في حالة التلوث البسيط يجب اتخاذ إجراءات والوسائل البسيطة المناسبة لمثل هذا التلوث البسيط أي يجب أن لا تزيد تكلفة إعادة الحال إلى ما كنت عليه القيمة الفعلية للمكان المطلوب إزالة التلوث وفي حالة تجاوز تكاليف إزالة التلوث قيمة الأموال التي أصابها التلوث قبل حدوث هذا الأخير فإن القاضي يحكم بأقل القيمتين كتعويض.

#### - قائمة المراجع:

##### ١- الكتب :

- سعيد السيد قنديل، آليات تعويض الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، مصر سنة ٢٠٠٤ .
- عطا سعاد محمد حواس، جزاء المسؤولية عن أضرار التلوث البيئي، دار الجامعة الجديدة ، مصر، سنة ٢٠١١.
- حميدة جميلة، النظام القانوني للضرر البيئي وآليات تعويضه، دار الخلدونية، الجزائر سنة ٢٠١١.
- أنور جمعة علي الطويل، دعوى المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الفكر والقانون، مصر، سنة ٢٠١٤.
- عباد قادة، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية، دار الجامعة الجديدة، مصر، سنة ٢٠١٦.

##### ٢- المقالات:

- نور الدين رحالي، التعويض العيني في مجال الضرر البيئي، سنة ٢٠١٣ منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد ١١٢-١١٣، المغرب

##### ٣- الرسائل والمذكرات:

- قلوب الطيب، مسؤولية المؤسسة عن الضرر البيئي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، ٢٠١٤/٢٠١٥ .

- معلم يوسف، المسؤولية الدولية بدون ضرر ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، الجزائر، بدون سنة .

٤- القوانين:

- قانون رقم ١٠/٠٣ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، الصادر بتاريخ ٢٠/٠٧/٢٠٠٣ ، الجريدة الرسمية العدد ٤٣.



## حق الشريك في الاطلاع على الوثائق والدفاتر في شركة التضامن

شريف محمد محامي وباحث دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مستغانم.

### المقدمة:

منح القانون للشريك في شركة التضامن حقا فرديا يتمثل في الإطلاع، الذي يسمح له عند استعمال هذا الحق، الحكم على وضعية الشركة<sup>1</sup>.

حق الاطلاع حسب الفقه الجزائري<sup>2</sup> نوعان، يكون قبل خمسة عشر يوما من انعقاد الجمعية العامة السنوية، وهو ما يسمى بالاطلاع المسبق. ومثل هذا الحق يلزم مدير الشركة بإرسال بعض المستندات والقرارات المقترحة إلى باقي الشركاء للاطلاع عليها. و يكون بصفة دائمة ومستمرة طيلة حياة الشركة مرتين في السنة، وهو ما يطلق عليه بالاطلاع الدائم، والذي يسمح للشركاء غير المديرين من الاطلاع على كل وثيقة موضوعة في الشركة أو مستلمة منها.

نظم المشرع الجزائري حق الاطلاع طبقا للمادتين<sup>3</sup> ٥٥٨/٥٥٩ من القانون التجاري<sup>3</sup>، وهذا تطبيقا للمبدأ العام في القانون المدني الذي ينص: "يمنع الشركاء غير المديرين من الإدارة، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر ووثائق الشركة ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"<sup>4</sup>، ومن هنا " لا يجوز لأي شخص أن يمنع الشريك من الاطلاع على وثائق الشركة"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> B. Dondero, *Droit des sociétés*, Dalloz, 2009, n° 339, p. 182.

<sup>2</sup> Concernant l'information préalable et l'information ponctuelle de l'associé en nom, v., M. Salah, *Les sociétés commerciales*, t. 1, les règles communes, *La société en nom collectif, la société en commandite simple*, Coll. Dr. aff, éd. EDIK, 2005, n°s 472 et 473, p. 277.

<sup>3</sup> المادة ٥٥٧ والمادة ٥٥٨ من الأمر رقم ٩٦-٢٧ المؤرخ في ٩ ديسمبر ١٩٩٦ المعدل والمتّم للأمر رقم ٧٥-٥٩ المتضمن القانون التجاري، ج. ر. ١١ ديسمبر ١٩٩٦، عدد ٧٧، ص. ٤.

<sup>4</sup> المادة ٤٣٠ من القانون رقم ٨٨-١٤ المؤرخ في ٣ ماي ١٩٨٨ المعدل والمتّم للأمر رقم ٧٥-٥٨ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ المتضمن القانون المدني، ج. ر. ٤ ماي ١٩٨٨، عدد ١٨، ص. ٥٤١.

<sup>5</sup> ن. حميدة، *حقوق المساهمين في شركة المساهمة*، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة وهران، ٢٠٠٧، ص. ١٦٦.

يتناول موضوع الدراسة جزئية من الحقوق التي يتمتع بها الشركاء في شركة التضامن، والذي يتعلق بحق الشريك في الإطلاع على الوثائق والدفاتر في شركة التضامن، فما هي الوثائق والدفاتر التي يطلع عليها الشريك في شركة التضامن بمناسبة ممارسته لحقه في الإطلاع؟.

يطرح هذا الإشكال عدة تساؤلات والتي هي كما يلي: هل يمارس الشريك حقه في الإطلاع في إطار الجمعية السنوية للشركة أم خارجها؟ هل حدد المشرع الجزائري إجراءات تسمح بحماية حق الشريك في الإطلاع على الوثائق والدفاتر في الشركة؟ ما هي الجزاءات المترتبة عن عدم احترامها؟.

للإجابة عن الإشكاليات رأى الباحث تقسيم موضوع البحث إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول الإطلاع المسبق للشريك في شركة التضامن قبل عقد الجمعية السنوية، بينما يتناول المبحث الثاني الإطلاع الدائم لشركاء شركة التضامن وجزاء عدم تمكينهم من ممارسة حق الإطلاع.

### المبحث الأول: الإطلاع المسبق للشريك في شركة التضامن قبل عقد الجمعية السنوية

يجب على كل شريك أن يستمد قراره بأي مسألة على علم، وهذا لا يتحقق إلا إذا تم إبلاغه بالوضعية الحقيقية للشركة<sup>1</sup>. فشركاء شركة التضامن يتمتعون بحق اطلاع واسع، وهذا كقابل عن المسؤولية غير المحدودة وبالتضامن على ديون الشركة. لذا فمن الطبيعي أن يكونوا على دراية تامة بسير أعمال الشركة، والاطلاع على وثائق ودفاتر الشركة يمنح لكل شريك بمفرده من أجل تأمين غاية مميزة تتمثل في أخذ المعلومات اللازمة.

### المطلب الأول: مضمون حق الإطلاع الدائم لشركاء شركة التضامن

يمكن تعريف حق الإطلاع المسبق للشريك حسب الفقه الجزائري<sup>2</sup>، على أنه: "ذلك الحق المرتبط بمناسبة انعقاد الجمعيات سواء أكانت عادية أو غير عادية، أي يكون سابقا لقرار أو عملية خاصة".

يوجه المديرون عموما إلى الشركاء الغير مديرين، العناصر اللازمة لتمكينهم من إجراء الموافقة<sup>3</sup> من خلال المعرفة والدراسة المسبقة للمسببات، خاصة بمناسبة اجتماع الجمعية العامة السنوية التي تنعقد في غضون الستة أشهر تبدأ من تاريخ قفل السنة المالية<sup>4</sup>. وعلى هذا يلتزم المديرين بإرسال القرارات المقترحة والدفاتر والمستندات المحاسبية الرئيسية<sup>5</sup>، كما عند المشرع الفرنسي<sup>6</sup>، إلى الشركاء غير المديرين. ويتعلق الأمر بالقرارات الناتجة عن عمليات السنة المالية تسمى عادة بتقرير بتقرير التسيير، الجرد، حساب الاستغلال العام، الحسابات السنوية (الميزانية وحساب النتائج)، ونص القرارات المقترحة، وهذا في أجل خمسة عشرة يوما التي تسبق انعقاد الجمعية العامة السنوية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> M- A. Mouthieu, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'harmattan, Paris, 200 \*, n° 336, p. 214: "il faut que l'associé puisse prendre sa décision en toute connaissance de cause, donc qu'il soit informé de la situation actuelle de la société".

<sup>2</sup> ن. حميدة، المذكرة السابقة، ص. ١٦٦.

<sup>3</sup> تتمثل الموافقة في المصادقة على القرارات المقترحة والوثائق المحاسبية الرئيسية التي تتعلق بإجراء الجرد، حساب الاستغلال، وحساب الخسائر والأرباح، والميزانية، وهذا بمناسبة انعقاد الجمعية العامة السنوية.

<sup>4</sup> المادة ٥٥٧ الفقرة الأولى ق. ت. ج.

<sup>5</sup> المادة ٥٥٧ الفقرة ٢ ق. ت. ج.

<sup>6</sup> Art L. 123- 12 C. com. fr.

<sup>7</sup> المادة ٥٥٧ الفقرة ٢ ق. ت. ج.

حق إطلاع الشركاء على المستندات ونصوص القرارات المقترحة، الموضوعة من المديرين<sup>1</sup>، والسابقة لانعقاد الجمعية العامة السنوية، لا يمارس إذا كان جميع الشركاء مديرين<sup>2</sup>. وحسب الفقه الجزائري عدم ممارسة الشريك المدير للإطلاع أمر طبيعي<sup>3</sup>، فالمديرين منتفعين بشكل كامل من تسيير الشركة، وهم غير محتاجين قانوناً لحق الرقابة، الذي منح لهم مسبقاً بمناسبة حملهم لصفة المدير<sup>4</sup>.

**المطلب الثاني: الوثائق التي يطلع عليها شركاء شركة التضامن والسابقة لانعقاد الجمعية العامة السنوية**

استعمل المشرع الجزائري، المصطلح القانوني "التوجيه"<sup>5</sup> عند إلزام المديرين بإرسال المستندات المشار إليها في المادة ٥٥٧ الفقرة الأولى من القانون التجاري، وكذا نصّ القرارات المقترحة إلى الشركاء. غير أنه لم يبيّن طريقة توجيه المستندات، سواء عن طريق البريد برسالة مضمّنة، أو عن طريق المحضر القضائي. كما لم يمنع إمكانية إرسال المستندات المنصوص عليها قانوناً عن طريق الانترنت<sup>6</sup>. فكيفية إرسال المدير للوثائق والمستندات الخاصة بالشركة إلى باقي الشركاء أمر يبقى تحديده باتفاق الشركاء ومنصوص عليه في القانون الأساسي للشركة.

امتناع الشركاء عن تنظيم وعدم اتفاهم على الكيفية اللازمة والواجب إتباعها لإرسال المدير لوثائق معينة للشركاء، يجعل أمر تحديده من مهمة المدير أو أكثر باعتبارهم مسئولين عن أعمال الإدارة. وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة ٥٤ من القانون التجاري بقولها: "يجوز للمدير في العلاقات بين الشركاء، وعند عدم تحديد سلطاته في القانون الأساسي، أن يقوم بكافة أعمال الإدارة لصالح الشركة".

من هذا المنطلق وجب تعيين المستندات المشار إليها في المادتين ٥٥٥ الفقرة الأولى من القانون التجاري، والقيام بتعريف كل وثيقة أو دفتر، كما يلي:

**الفرع الأول: حق تبليغ الشريك لدفتر الجرد**

يثير دفتر الجرد مختلف عناصر الأصول والخصوم القائمة عند نهاية كل سنة مالية، (جدول لوصف مختلف عناصر الأصول والخصوم الخاصة بالشركة)<sup>7</sup>. وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة<sup>٨</sup> من القانون التجاري بقولها: "يجب

<sup>1</sup> المادة ٥٥٧ الفقرتين ١، ٢ ق. ت. ج.

<sup>2</sup> المادة ٥٥٧ الفقرة ٣ ق. ت. ج.

<sup>3</sup> M. Salah, *op. cit.*, n° 4٧٢, p. 27٧: "il est normal d'écarter ce droit à l'information préalable lorsque tous les associés en nom sont gérants".

<sup>4</sup> D. Gibirila, *Société en nom collectif*, Jouriscl. Soc., paris, Dalloz, 2008, n° 201, p. 27. - Art R. 221-7 de la Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 sur la modification du livre VII du Code de commerce, éd. légal, 2005, p. 1706.

<sup>5</sup> المادة ٥٥٧ ق. ت. ج.

<sup>6</sup> ن. حميدة، *المذكورة السابقة*، ص. ١٦٧.

<sup>7</sup> M. Salah, *op. cit.*, n° 157, p. 112.

- بخصوص نموذج لجدول عن دفتر الجرد، راجع، ع. عمورة، *الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري*، دار المعرفة، ٢٠٠٠، ص. ١١٧.

<sup>8</sup> المادة ١٠ ق. ت. ج، المعدلة بالأمر رقم ٩٦-٢٧ المؤرخ في ٩ ديسمبر ١٩٩٦ المعدل والمنتّم للأمر رقم ٧٥-٥٩ المتضمن القانون التجاري، ج.

ر. ١١ ديسمبر ١٩٩٦، عدد ٧٧.

عليه أيضا أن يجري سنويا جردا لعناصر لأصول وخصوم مقاولته وأن يقفل كافة حساباته بقصد إعداد الميزانية وحساب النتائج. وتنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد".<sup>1</sup>

يعتبر دفتر الجرد إلى جانب دفتر اليومية، من الوثائق الإلزامية التي يمسكها كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر.<sup>2</sup> لذا تلتزم الشركة بإجراء جرد لمختلف العناصر المتعلقة بالأصول والخصوم، وقفل كل الحسابات لتقييم الميزانية وحساب الخسائر والأرباح التي تعطي نتيجة الشركة من أجل "سنة مالية حسابية" سابقة، والتي لا يجب أن تتزامن دائما مع السنة المدنية.<sup>3</sup> كما نصّ المشرع على أن "تنسخ بعد ذلك هذه الميزانية وحساب النتائج في دفتر الجرد"<sup>4</sup>، فليس من الضروري الضروري نسخ على دفتر الجرد إلا الميزانية وحساب النتائج.<sup>5</sup> وقد اعتبر الفقه الجزائري<sup>6</sup> "أنه من المنطقي أن يبين دفتر الجرد جميع أموال المؤسسة سواء أكانت منقولة أو ثابتة، مادية أو غير مادية".

يمسك مدير الشركة دفتر الجرد، بدون أي تغيير من أي نوع وبدون نقل للهامش، كما يسجل العمليات زمنيا وبدون ترك بياض. كما ترقم صفحاته ويوقع عليه من طرف قاضي المحكمة<sup>7</sup>، ويحتفظ دفتر الجرد طيلة عشر سنوات.<sup>8</sup> ولقد ألزم المشرع الجزائري بموجب المادة الثالثة من القانون ١١٠٧ المتعلق بنظام المحاسبي المالي السالف الذكر الشركات بمسك محاسبة مالية في نهاية كل سنة مالية التي يجب أن تمسك دوما في كشوف مالية ويومياً<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> المادة ١٠ ق. ت. ج، لقد استحدثت هذه المادة عبارة (حساب النتائج) محل عبارة (حساب الأرباح والخسائر)، راجع المادة ٢٠ من الأمر ٩٦-٢٧ المؤرخ في ٩ ديسمبر ١٩٩٦ المتضمن القانون التجاري، السالف الذكر، التي نصت على أنه: "تحل في مجموع أحكام الأمر رقم ٧٥-٥٩... عبارة (حساب النتائج - محل عبارة - حساب الخسائر والأرباح)"، لتفاصيل أكثر، راجع، ف. زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، نشر وتوزيع ابن خلدون، ٢٠٠٣، رقم ٢٩٩، ص. ٤٨٧.

- تجب الملاحظة إلى أن الأمر ٣٥-٧٥ المؤرخ في ٢٩ أبريل ١٩٧٥ المتضمن المخطط الوطني للمحاسبة، ج. ر. ٩ ماي ١٩٧٥، عدد ٣٧، ص. ٥٠٢ ألغى بموجب القانون ١١-٠٧ المؤرخ في ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٧ المتضمن النظام المحاسبي المالي، ج. ر. ٢٥ نوفمبر ٢٠٠٧، عدد ٧٤، ص. ٣، وهذا الأخير وردت فيه كذلك عبارة "حساب النتائج" محل عبارة "حساب الأرباح والخسائر" بموجب المادة ٢٥ من القانون ١١-٠٧ المتضمن النظام المحاسبي المالي، السابق الذكر.

<sup>٢</sup> المادة ١٠ ق. ت. ج، والمادة ٢٠ من القانون ١١-٠٧ المتضمن النظام المحاسبي المالي، السابق الذكر، التي تنص على أن: "تمسك الكيانات الخاضعة لهذا القانون دفاتر محاسبية تشمل دفترًا يومياً، ودفتر جرد، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالكيانات الصغيرة".

<sup>٣</sup> المادة ١٠ الفقرة الأولى ق. ت. ج.

<sup>٤</sup> المادة ١٠ الفقرة ٢ ق. ت. ج.

<sup>٥</sup> M. Juglart et B. Ippoliti par E. Pontavice et J. Dupichot, *Droit commercial, actes de commerce et entreprise commerçants et fonds de commerce principes de comptabilité*, 1<sup>ère</sup> volume, 3<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 1979, n° 143, p. 422.

<sup>٦</sup> ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم ٢٩٩، ص. ٤٨٧.

<sup>٧</sup> المادة ١١ ق. ت. ج.

<sup>٨</sup> المادة ١٢ ق. ت. ج.

<sup>٩</sup> المادة ٣ من القانون ١١-٠٧ المتضمن النظام المحاسبي المالي، السابق الذكر، التي تنص على أن: "المحاسبة المالية نظام لتنظيم المحاسبة المالية يسمح بتخزين معطيات قاعدية عددية، وتصنيفها، وتقييمها، وتسجيلها، وعرض كشوف تعكس صورة صادقة عن الوضعية المالية وممتلكات الكيان، ونجاعته، ووضعيتها خزينة في نهاية السنة المالية"، والمادة ٢٥ الفقرة الأولى من نفس القانون التي تنص على أنه: "تعد الكيانات التي تدخل في مجال تطبيق هذا القانون، الكشوف المالية سنويا على الأقل".

يتيح دفتر الجرد للشركاء الإطلاع، على ما للشركة من الحقوق، وما عليها من الالتزامات لمواجهة الدائنين<sup>1</sup>، وبالتالي معرفة الوضعية الحقيقية للشركة، بالرغم من ضخامة حجم دفتر الجرد، والتعقيدات التي تسير نشاط الشركة<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: حق تبليغ الشريك لحساب الاستغلال العام

يعتبر حساب الاستغلال العام أحد الوثائق المحاسبية الهامة التي يلتزم المدير بإرسالها إلى باقي الشركاء. ويتحصّل على هذا الحساب، من خلال الجمع بين حساب التكاليف وحساب المنتوجات<sup>3</sup>. حيث يدون في حساب التكاليف، الممتلكات والخدمات المستهلكة من قبل الشركة، التي تظهر من خلال ممارسة الشركة لنشاطها المعتاد، كالبضائع المستهلكة، مواد ولوازم مستهلكة، الضرائب والرسوم، الخدمات، مخصصات الاستهلاك والمؤونات. في حين كان يدون في حساب المنتوجات، كل إيرادات الشركة، والمتمثلة في منتجات الاستغلال، التي تتحصل عليها الشركة من خلال الاستغلال العادي خلال السنة المالية، كالمواد التي تنتجها. كما يحتوي حساب المنتوجات أيضا على منتجات خارج الاستغلال، والتي تتحصل عليه الشركة خارج نشاطها العادي والرئيسي، كبيع البضائع مثلا<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: حق تبليغ الشريك للحسابات السنوية (الميزانية وحساب النتائج)

يلتزم مديرو شركات التّضامن بتوجيهه إلى الشركاء إلى جانب دفتر الجرد وحساب الاستغلال، تبليغ الحسابات السنوية والمتمثلة في حساب الميزانية التي وضعوها، وكذا حساب النتائج<sup>5</sup>. كما نصّ المشرّع على إلزامية أن يمسك حساب النتائج وحساب الميزانية لمدة عشر سنوات. لذا لمعرفة ماهية حساب النتائج وحساب الميزانية اللذان يرسلهما المدير إلى الشركاء لتمكينهم من ممارسة حقهم في الإطلاع المسبق، يكون من الواجب تحليل كل حساب كالآتي:

### أولاً: حق تبليغ الشريك لحساب الميزانية

يشير التعريف العام، في الوقت الحاضر إلى أن الميزانية ملخّص لدفتر الجرد، وهو موجز لتقييم أو قياس في وقت معين للموجودات والديون، وهو صورة المؤسسة في لحظة معينة<sup>6</sup>. كما أنّ الميزانية يجب أن تكون ملخصا صادقا واصطناعيا لدفتر الجرد<sup>7</sup>.

تمثّل هذه الميزانية في الواقع محور هام لإطلاع الشركاء. لهذا يجب أن يكون مثل هذا الحق واضح حتى يفهمه جميع الشركاء المكونين للشركة. كما يجب أن تكون الميزانية دقيقة لإعطاء صورة أقرب ما يمكن إلى الواقع. كما يجب أن تكون

<sup>1</sup> ف. زراوي صالح، المرجع السابق، رقم ٢٩٩، ص. ٤٨٨.

<sup>٢</sup> ن. حميدة، المذكر السابقة، ص. ١٧٢.

<sup>٣</sup> م. بوختاش، ع. بوقفة، المخطط الوطني للمحاسبة، المالية العامة، المعهد الوطني لتكوين مستخدمي التربية وتحسين مستواهم، الجزائر، ٢٠٠٧، ص. ٩٣ إلى ١١١.

<sup>٤</sup> نفس المرجع.

<sup>٥</sup> المادة ٥٥٧ الفقرتين ١، ٢. ت. ج. والمادة ٧١٦ الفقرتين ١، ٢. ت. ج.

<sup>6</sup> M. Salah, *op. cit.*, n° 157, p. 112: "le livre d'inventaire intéresse les divers de l'actif et du passif à la clôture de chaque exercice social...".

<sup>7</sup> C. Heurteux, *L'information des actionnaires et des épargnants, étude comparative*, bibliothèque de droit commercial, t. 2, Sirey Paris, 1961, n° 257, p. 159: "le bilan doit être résumé fidèle et synthétique de l'inventaire".

الميزانية دقيقة لتعكس الحالة المفصلة للوضعية الحقيقية للشركة<sup>1</sup>. إلا أنه من الناحية العملية. يظهر جليا إلى أن القليل من الشركاء يمكن لهم فهم الميزانية، لأن المعلومات التي تحتويها هذه الميزانية هي تقنية ومعقدة<sup>2</sup>. إذ تصف الميزانية عناصر مخصّصة للأصول وعناصر مخصصة للخصوم. وهو ما نصّت عليه المادة ١.٢٢ من القرار المؤرخ في ٢٦ جويلية ٢٠٠٠ المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها<sup>3</sup>. لذا حتى لا تكون هناك شوائب في الإدارة، يجب توفير المعارف الحسابية الضرورية للمديرين لفهم وضع الميزانيات، كما يجب التأكد من وضع الوثائق اللازمة في متناول أيدي الشركاء<sup>4</sup>.

يرى جانب من الفقه الفرنسي<sup>5</sup> إلى أن المدير مبدئيا غير ملزم بإعطاء شكل معين للميزانية. في حين يرى الأستاذ "محمد صالح"<sup>6</sup> على أن الميزانية تمثل تحت شكل جدول مكوّن من عمودين، يخصص أحد العمودين لتدوين أصول الشركة، بينما يخصص العمود الآخر لتدوين خصوم الشركة، وهما على حد سواء وفقا للنظام المحاسبي المالي. يشمل العمود المخصص للأصول على: التثبيتات المعنوية، التثبيتات العينية، الاهتلاكات، المساهمات، الأصول المالية، المخزونات، أصول الضريبة (مع تمييز الضرائب المؤجلة)، الرّبائن والمدّين الآخرين والأصول الأخرى المثبتة (أعباء مثبتة مسبقا)، خزينة الأموال الايجابية ومعادلات الخزينة الايجابية. بينما يشمل العمود المخصص للخصوم على: رؤوس الأموال الخاصة قبل عمليات التوزيع المقررة أو المقترحة عقب تاريخ الإقفال، مع تمييز رأس المال الصادر (في حالة الشركات) والاحتياطات، والنتيجة الصافية للسنة المالية والعناصر الأخرى، الخصوم غير الجارية التي تتضمن فائدة، الموردون والدائنون الآخرون، خصوم الضريبة (مع تمييز الضرائب المؤجلة)، الراصدات للأعباء وللخصوم المماثلة (منتوجات مثبتة مسبقا)، خزينة الأموال السلبية ومعادلات الخزينة السلبية<sup>7</sup>.

على العموم، فقد جاء على لسان أحد أعضاء لجنة توحيد الحسابات الفرنسية، في أحد مداخلاته، وبحضور الأعضاء المكوّنين لهذه اللجنة، في الثامن عشر سبتمبر من سنة ١٩٤٤ على أنه: "يجب أن يكون الوضوح حاضرا في الحسابات، سواء وضوح ترتيبها ومحتواها، أو وضوح مضمون الحسابات"<sup>8</sup>. كما أن الميزانية تترجم وضعية الشركة في لحظة معينة، إذ أن الاقتراب من وضع ميزانيات ناجحة، من شأنها أن تسمح بمتابعة السوق، ووضع الأعمال خلال فترة محددة. إلا أنه ينبغي إلى أن وضع ميزانيات ناجحة، لا يمكن تحقيقها إلا إذا كانت هناك صرامة في عرض الميزانية، وبعض الثّبات في طريقة إنشائها<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Ibid.

<sup>2</sup> M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 337, p. 214.

<sup>٣</sup> ج. ر. ٢٥ مارس ٢٠٠٩، عدد ١٩، ص. ٣.

<sup>4</sup> C. Heurteux, *op. cit.*, n° 258, p. 159.

<sup>5</sup> C. Heurteux, *op. cit.*, n° 258, p. 159.

<sup>6</sup> M. Salah, *op. cit.*, n° 160, p. 114: " le bilan se présente sous forme de tableau à deux colonnes, une colonne réservée aux postes de l'actif et une colonne réservée aux postes du passif, et toutes deux conformément au plan comptable national".

<sup>٧</sup> المادة ٢٢٠. ١ القرار المؤرخ في ٢٦ يوليو ٢٠٠٨ المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها، السالف الذكر.

<sup>8</sup> La commission de normalisation des comptabilités a été créé par un décret du 4 avril 1946, pour plus informations sur ce point v., C. Heurteux, *op. cit.*, n° 258, p. 159.

<sup>9</sup> C. Heurteux, *op. cit.*, n° 258, p. 159.

## ثانياً: حق تبليغ الشريك لحساب النتائج

يمكن تعريف حساب النتائج على أنه ذلك الحساب الذي ينتج من خلال الفرق بين الإيرادات والتكاليف، خلال سنة مالية أو خلال فترة الاستغلال، وقد يكون ربح أو خسارة<sup>1</sup>. كما يرى جانب من الفقه الجزائري<sup>2</sup> أن "حساب النتائج يجمع بين حساب الاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح، ومن ثم فإن هاتين الوثيقتين متكاملتين". وغرض حساب النتائج هو تحليل لحساب الاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح. زيادة على ذلك يمكن تعريف حساب النتائج بموجب المادة ٢٣. ١ من القرار المؤرخ في ٢٦ يوليو ٢٠٠٧ السالف الذكر التي تنصّ على أن: "حساب النتائج هو بيان ملخص للأعباء والمنتهجات المنجزة من الكيان خلال السنة المالية. ولا يأخذ في الحساب تاريخ التحصيل أو تاريخ السحب. ويبرز بالتمييز النتيجة الصافية للسنة المالية الربح/الكسب أو الخسارة".

يستحيل اكتمال حساب النتائج بدون حساب الاستغلال العام وحساب الخسائر والأرباح، التي توفر معلومات قيمة في كثير من الأحيان. وحساب الخسائر والأرباح، يمسكه كل شخص أو معنوي له صفة التاجر، إلى جانب دفتر الجرد<sup>3</sup>. وفي غياب تعريف قانوني لحساب الخسائر والأرباح يمكن تعريفه على أنه: "ذلك الحساب الذي يشير إلى تغيرات وضعيّة الميزانية الصافية، إذ يمثل رصيده إما صافي الأرباح، أو الخسائر الصافية"<sup>4</sup>. زيادة على ذلك يمتاز حساب الخسائر والأرباح بالبساطة بالبساطة عند مقارنته مع الحسابات المتعاقبة. والجدير بالذكر أن المدير، ملزم بتقديم حساب الخسائر والأرباح إلى الجمعية العامة السنوية وإلى الشركاء قبل انعقاد هذه الأخير بخمسة عشرة يوماً، كما في حساب الميزانية، بنفس أشكال السنة المالية السابقة، وبدون أي تغيير. باستثناء واحد، وهو ما إذا قررت الجمعية العامة الموافقة على أي تغيير.

يُعبّر حساب الخسائر والأرباح تحت عناوين منفصلة، أرباحاً أو خسائر من مصادر مختلفة. ويرى جانب من الفقه الجزائري<sup>5</sup> أن "حساب الخسائر والأرباح يدون فيه جميع العمليات التي تقوم بها الشركة وتكون خارجة عن نشاطها، الأمر الذي يتطلب تدوينها في حساب خاص بها يتضمن (النتائج غير المحققة عن التسيير العادي للشركة)".

يقدم ببساطة، في الوقت الراهن، وفي معظم الشركات التجارية، حساب الخسائر والأرباح كالاتي<sup>6</sup>:

يشمل الجزء المتعلق بالأرباح، على الربح الإجمالي للاستغلال، والدخل المالي، وفي بعض الأحيان العائدات الناتجة عن استغلال العقارات بالبيع أو بالإيجار. وفي السطر الأخير يتم إظهار مختلف الأرباح. أما في الجزء المتعلق بالخسائر، فيشمل على المبلغ الإجمالي للتكاليف العامة، وكذا التخصيص الخاص بالاستهلاكات والمثونات (تخصص لحفظ قيمة المخاطر، وعند الاقتضاء دفع الضرائب التي تقع على عاتق الشركة). وفي السطر الأخير يتم إظهار مختلف الخسائر.

يمثل حساب النتائج حسب القرار المؤرخ في ٢٦ يوليو ٢٠٠٧ المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها السالف الذكر، في جدول كبير يبين جملة من العناصر التي يقابلها بيان للمبالغ المختلفة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> M. Salah, *op. cit.*, n° 161, p. 114.

<sup>٢</sup> ن. حميدة، *المنكرة السابقة*، ص. ١٧٢.

<sup>3</sup> Art. L 123-13 C. com. fr.

<sup>4</sup> C. Heurteux, *op. cit.*, n° 272, p. 175: "on admet traditionnellement qu'il doit signaler les variations de la situation nette du bilan. Son solde représente soit le bénéfice net, soit la perte nette".

<sup>٥</sup> ن. حميدة، *المنكرة السابقة*، ص. ١٧٢.

<sup>6</sup> C. Heurteux, *op. cit.*, n° 277, p. 176.

### الفرع الرابع: حق تبليغ الشريك لتقرير التسيير

يخلو القانون المدني الجزائري من أي إلزام للقائمين بالإدارة في الشركات المدنية بإرسال أي وثيقة أو دفتر وعلى العموم أي محاسبة لباقي الشركاء. ومع ذلك ألزمت المادة 185 من القانون المدني الفرنسي المدير بإرسال تقرير التسيير الخاص به إلى باقي الشركاء على الأقل كل اثني عشرة شهرا مع إعطاء تقرير شامل عن أنشطة الشركة خلال السنة الجارية أو السنة السابقة، مع بيان الأرباح المحققة أو المحتملة والخسائر الواقعة أو المتوقعة.<sup>2</sup>

يختلف حجم تقرير التسيير في الشركات التجارية باختلاف نوع الشركة. ففي شركات الأموال كشركات المساهمة يكون تقرير التسيير كبير الشمولية نظرا لضخامة معاملات مثل هذه الشركات. أما في شركات الأشخاص كشركة التضامن إلا إنها تتميز بتقرير تسيير أقل شمولية وهذا نظرا لبساطة معاملاتها وصغر حجمها.

تجب الملاحظة بأن تقرير التسيير لا يتعلق بالمؤشرات ذات الطبيعة المالية فقط لفهم تطور الشركة، من خلال بيان نتائج الشركة ومواقفها من تلك النتائج. وإنما يتعدى الأمر بتضمين تقرير التسيير حتى بالمؤشرات ذات الطبيعة الغير المالية والمتعلقة بنشاط الشركة. ويتعلق الأمر باحتواء تقرير التسيير حتى بالبيئة والأفراد التي تترجع عليها الشركة. وكما يشتمل تقرير التسيير على المخاطر والاحتمالات الهامة التي يمكن أن تواجهها الشركة، فإن التقرير يجب أن يحتوي على الإرشادات والحلول التي تتعلق بشرح كيفية استخدام الأدوات المالية من قبل الشركة خاصة عندما يتعلق الأمر بتقييم خصوم وأصول الشركة، وبالتالي وضعيتها المالية من خلال إبراز الربح أو الخسارة. كما تهدف البيانات التي يحتويها تقرير التسيير إلى تحسين أهداف وسياسة إدارة المخاطر المالية للشركة، بما في ذلك سياستها التي تحيط بكل نوع من أنواع الصفقات التي تجرئها، خاصة عندما يتعلق الأمر بتعرض الشركة لمخاطر أسعار السوق ومخاطر الائتمان ومخاطر السيولة والنقد.<sup>3</sup>

يعرف تقرير التسيير حسب الفقه الفرنسي<sup>4</sup> على أنه: "وثيقة موضوعة من المديرين، تعلم الشركاء خاصة بوضعية الشركة خلال سنة مالية معينة، للنمو المتوقع للشركة، والوقائع الهامة التي تطرأ من تاريخ قفل السنة المالية السابقة". كما عرف الفقه الجزائري<sup>5</sup> على "أن تقرير التسيير هو تقرير كتابي، يبين الوضعية التي تكون عليها الشركة، كما يبين نشاطها، ويتعلق بالسنة المالية السابقة". ويعتبر هذا التقرير حاجة مهمة لتكوين حسابات يمكن أن تكون أكثر تفصيل، وهذا من أجل أن يفهمه جميع الشركاء. كما يعتبر هذا التقرير مهم خاصة، في تأمين بعض المصداقية اتجاه الإعلام المنصب على التوقعات المتغيرة، التي تدخل ابتداء من قفل السنة المالية السابقة. كما أشار المشرع الفرنسي<sup>6</sup> إلى أن "تقرير التسيير

<sup>1</sup> القرار المؤرخ في ٢٦ يوليو ٢٠٠٨ المحدد لقواعد التقييم والمحاسبة ومحتوى الكشوف المالية وعرضها وكذا مدونة الحسابات وقواعد سيرها السالف الذكر، الفصل السابع، نماذج الكشوف المالية.

<sup>2</sup> Art 1856 de la Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, J.O.R.F. du 5 janvier 1978, p. 179.

<sup>3</sup> M- E. Grosbois, *Responsabilité civile et contrôle de la société*, thèse doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université de Caen Basse, Normandie, 2012, pp. 62 et 63.

<sup>4</sup> B. Dondero, *op. cit.*, n° 342, p. 183: "le rapport de gestion est le document par lequel les dirigeants informent notamment les associés de la situation de la société au cours de l'exercice écoulé, de son évolution prévisible, et de événements importants survenus depuis la date de clôture de l'exercice".

<sup>5</sup> M. Salah, *op. cit.*, n° 162, p. 114: "le rapport écrit est relatif à la situation de la société et à son activité; il concerne l'exercice écoulé".

<sup>6</sup> Art L. 232-1 II C. com. fr.

يصف وضعية إدارة الشركة خلال السنة السابقة، تطور الشركة المرتقب، الأحداث الهامة التي وقعت بين تاريخ قفل السنة المالية وتاريخ بداية السنة المالية، مع بيان أنشطتها في مجال البحث والتطوير".

يمكن تعريف تقرير التسيير على أنه وثيقة جوهرية، يضعها مديرو الشركات لإعلام الشركاء بوضعية الشركة المتغيرة، ابتداء من تاريخ قفل السنة المالية السابقة.

يسمح تقرير الحسابات للشركاء من أخذ بعض القرارات، خاصة بالموافقة على الحسابات الخاصة بالشركة أو عدم الموافقة عليها. ويظهر هذا التقرير أكثر بساطة في شركات الأشخاص كشركة التضامن، فتقرير التسيير هو وثيقة جوهرية، وأي غياب تام لهذا التقرير، أو اشتماله على أخطاء، يكون قابلاً لترتيب مسؤولية المديرين، بل حتى تعريض صحة المداولات المأخوذة على أساس تقرير خاطئ، أو دون تقرير لمدير الشركة<sup>1</sup>. لذا يجب أن يحتوي تقرير التسيير، على تحليل موضوعي وشامل وهذا من أجل تقدير الأعمال، والنتائج التي حققتها الشركة، وكذا وضعيتها المالية، وخاصة وضعيتها تجاه الديون التي تقع على عاتقها. وإذا أمكن التحليل، يجب كذلك عمل مؤشرات مفاتيح، خاصة للمعلومات المتعلقة بالمسائل المحيطة بالشركة والأشخاص، فالمعلومات الناتجة عن المشاركة المالية لكل شريك يجب أيضاً أن توضع في تقرير التسيير، وكذا المعلومات المتعلقة بالحوالات، ووظائف التي يشغلها الوكلاء في كل شركة<sup>2</sup>.

#### الفرع الخامس: حق تبليغ الشريك لنص القرارات المقترحة

للشريك في شركة التضامن الحق في الاطلاع على نص القرارات المقترحة<sup>3</sup>. ويمكن تعريف هذا الأخير على أنه المشروع الذي يضعه مدير الشركة والذي يتضمن تقريراً خطياً حول وضع الشركة، والنمو المتوقع لها، عند نهاية كل سنة مالية سابقة، وتكون على شكل قرارات يطلع عليها كل شريك من أجل إعطاء الموافقة عليها أو يرفضها.

تجب الملاحظة إلى أنه يكون من واجب المدير كذلك، التبليغ إلى الشركاء عند الاقتضاء، لنص القرارات المقترحة التي يضعها محافظ الحسابات<sup>4</sup>، هذا الأخير الذي يلتزم بوضع تقريره العام حول الشركة<sup>5</sup>، وفي نهاية السنة المالية، الذي يبين فيه المصادقة على حسابات الشركة، وانتظامها وصحتها، وكذا النتائج التي توصل إليها، حتى يمكن للشركاء معرفة الوضعية المالية للشركة وحساباتها<sup>6</sup>. كما يضع "تقريره الخاص وهو التقرير الذي يسبق كل عملية أو قرار خاص بنشاط الشركة كقرار الإدماج و الانفصال مثلاً".

<sup>1</sup> B. Dondero, *op. cit.*, n° 342, pp. 183, 184.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> المادة ٥٥٧ الفقرة ٢ ق. ت. ج.

<sup>4</sup> ج. ريبير ور. روللو، *المطول في القانون التجاري*، م. جرمان، الجزء الأول، المجلد ٢، *الشركات التجارية*، ترجمة م. القاضي ود. سليم حداد، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، رقم ١٢٠٢، ص. ٢٠٤.

<sup>5</sup> يعتبر تعيين محافظ الحسابات اختياري في شركات الأشخاص، كشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة، إذ أن الشركاء في شركة الأشخاص لهم الحرية المطلقة في تعيين محافظ الحسابات من عدم ذلك، لنفاصل أكثر راجع، س. بوقرور، *الأهلية القانونية لممارسة مهنة محافظ الحسابات في الشركات التجارية*، مجلة المؤسسة والتجارة، عدد ٤، ابن خلدون للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨، ص. ٦٩: "لعل هذا التخيير قائم على الاعتبار الشخصي لهذا النوع من الشركات فهي تتأسس بين أشخاص تربطهم علاقة القرابة في غالب الأحيان، وبالخصوص على بساطة العمليات المالية المنجزة في هذه الشركات".

<sup>6</sup> ن. حميدة، *المذكورة السابقة*، ص. ١٧٥.

<sup>7</sup> س. بوقرور، *المقال السابق*، ص. ٦٧ و ٦٨.

تسمح هذه التقارير للشركاء بأن يتخذوا قرارهم على دراية تامة. إذ لا يمكنهم التصويت بمناسبة انعقاد الجمعية العامة السنوية، إلا إذا كانوا على علم مسبق بالمسببات، بعد التفكير حول صلاحية القرارات المعدة سواء من مدير الشركة، أو من محافظ الحسابات إن وجد، وهذا لمدة خمسة عشر يوما من انعقاد الجمعية العامة السنوية.

المبحث الثاني: الاطلاع الدائم لشركاء شركة التضامن وجزاء عدم تمكينهم من ممارسة حق الإطلاع

يتمتع الشركاء في شركة التضامن بحق إطلاع واسع، وهذا لتمتعهم في مقابل ذلك، بالتزامهم بصفة غير محدودة وبالتضامن عن ديون الشركة. لذا يجب أن يكونوا على علم تام ودراية بحالة الأعمال التجارية، بحيث يمكن لهم في أي وقت ما قياس الخطر الموشك الوقوع، يعتبر هذا الحق مهم فقط للشركاء غير المديرين<sup>1</sup>، لأن المديرين على علم بالضرورة بتسيير الشركة.

المطلب الأول: مضمون حق الإطلاع الدائم لشركاء شركة التضامن

منح المشرع الجزائري للشركاء في شركة التضامن، حق الإطلاع مرتين في السنة<sup>2</sup>، هذا الحق له جانب دائم، وللشركاء أن يمارسوا هذا الحق في الوقت الذي يختارونه<sup>3</sup>، وبحسب ما أتفق عليه في النظام الأساسي للشركة أو بموجب اتفاق لاحق. كما كما للشركاء أن يطلبوا من المديرين مرتين في السنة، على معلومات حول أعمال الشركة<sup>4</sup>. ويحق لهم أيضا، أن يطلعوا على "سجلات التجارة والحسابات والعقود والفواتير والمراسلات والمحاضر"<sup>5</sup>، في حين يتجلى تكريس اتساع حق الشركاء في الاطلاع، عندما منح لهم القانون بأن يعاينوا في مقر الشركة لكل الوثائق أو الدفاتر الموضوعة في الشركة أو المرسله إليه<sup>6</sup>.

بين المشرع الجزائري<sup>7</sup>، أن الشركاء يجب أن يتصلوا بأنفسهم بمقر الشركة، مما يبطل كل إمكانية توكيل هذا الحق لآخر، سواء لشريك في الشركة أو للغير، فحق الإطلاع الدائم هو حق شخصي لصيق بالشريك المعني بذلك الاطلاع. فلا يمكن لأي أحد أن يأخذ مكانه، كما أن هذا الحق يجب أن يمارس في مقر الشركة. فيمنع على الشركاء أخذ وثائق ودفاتر الشركة الأصلية خارج مقرها الرئيسي، كما ليس لأي شريك الحق في إجبار المديرين بأن يرسل له قائمة أو نسخ للوثائق التي يرغب الشركاء في الاطلاع عليها، وهذا بحجة وجود صعوبات تعيق تنقلهم<sup>8</sup>.

في مقابل ذلك، حق الشركاء في أخذ المعلومات حول الشركة، من خلال ممارستهم لحقهم في الإطلاع الدائم، يتبعه الحق في أخذ نسخ<sup>9</sup>. فالشريك وحده المخول بممارسة هذا الحق<sup>10</sup>، إلا أنه يمكن الاستعانة بخبير معتمد<sup>11</sup>، عند ممارستهم

<sup>1</sup> المادة ٥٥٨ ق. ت. ج.

<sup>2</sup> المادة ٥٥٨ الفقرة الأولى ق. ت. ج.

<sup>3</sup> M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 335, p. 212.

<sup>4</sup> Art L. 228-7 C. com. fr.

<sup>5</sup> المادة ٥٥٨ الفقرة الأولى ق. ت. ج.

<sup>6</sup> المادة ٥٥٨ الفقرة الأولى ق. ت. ج.

- M. Salah, *op. cit.*, n° 473, p. 277.

<sup>7</sup> المادة ٥٥٨ ق. ت. ج.

<sup>8</sup> D. Gibirila, *Société en nom collectif*, *op. cit.*, n° 204, p. 28.

<sup>9</sup> المادة ٥٥٨ الفقرة ٢ ق. ت. ج.

<sup>10</sup> F. Leumeunier, *Société en nom collectif- sociétés en commandite simple- société en participation- création-gestion*, Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 1999, n° 516, p. 62.

<sup>11</sup> المادة ٥٥٨ الفقرة ٢ ق. ت. ج.

لهذا الحق، سواء بخبير محاسب أو محافظ الحسابات<sup>1</sup>. ويختار الخبير المعتمد من القوائم من بين الخبراء المعتمدين، والمعدة من قبل المجالس والمحاكم القضائية<sup>2</sup>، لنفس إقليم التابع له مقر الشركة. كما أنه تجب الملاحظة إلى وجوب استعمال "عبارة استعانة الشريك بالخبير المعتمد"، وليس عبارة "تمثيل الخبير المعتمد للشريك"، وهذا لأنّ السماح بعكس العبارتين الأخيرتين، ينتج عنه مخالفة لعناصر شخصية لحقّ الشريك، من خلال استعمال الشريك لحق الموافقة على دفاتر ووثائق الشركة<sup>3</sup>.

يعتبر حق الشريك في الإطلاع الدائم أساسي. خاصة لكل شريك جديد في الشركة، الذي يمكنه من معرفة الوضعية الحقيقية التي عليها الشركة. كما يسمح له في أي وقت، أن يتعرف على جوانب معينة لحياتها، وعدم استعمال الشريك لهذا الحق أو رفضه، من شأنه أن يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الشركة. فالشريك يمكن له أخذ المعلومات، في مقر الشركة، في نفس الوقت للشركاء الغير مديرين، مرتين في السنة بطرح أسئلة كتابية على المديرين، بكل واقعة تنطوي على خطر استمرار مشروع الشركة، وهذا معناه أن الحق في الإطلاع الدائم لا يتعلق فقط بماضي الشركة، وإنما حتى بالإدارة الحالية من خلال الاستشارة المباشرة على وثائق وحسابات الشركة الموضوعة أو المستلمة منها للنشاط الجاري<sup>4</sup>.

يسمح الحق الدائم في الإطلاع للشركاء الغير مديرين، وفي مختلف أنواع الشركات التجارية من بسط الرقابة على الإدارة والأعمال، وخاصة في حالة وجود صعوبات مالية. فشركاء شركات الأشخاص لهم الحق كما في بعض الشركات التي تنطوي على مخاطر محدودة، من إدخال إجراء التأهب، وهذا الإجراء يسمح ليس فقط من الحصول على المعلومات، وإنما حتى بتشجيع المدير على اتخاذ إنعاش الشركة بشكل سريع<sup>5</sup>، إذ تعتبر الخبرة الإدارية عامل رئيسي لضمان معلومات موثوقة للشركاء<sup>6</sup>.

- ما مدى إمكانية الشريك في طرح الأسئلة الكتابية على مديري شركة التضامن؟

منح المشرع الجزائري<sup>7</sup>، للشركاء في شركة التضامن، إمكانية اللجوء إلى طرح الاستشارات الكتابية، كوسيلة للموافقة على القرارات ولكن خارج الجمعية السنوية. ويمكن تعريف الاستشارات الكتابية، على أنها "وسيلة للتصويت بالمراسلة في غياب عقد الجمعية العامة، والتي يطرحها المديرين على الشركاء، لإبداء رأيهم في القرارات والاقتراحات المقدمة"<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> المادة ١٩ الفقرة ٢ من القانون رقم ١٠-٠١ المؤرخ في ٢٩ يونيو ٢٠١٠ المتعلق بمهن الخبير المحاسب ومحافظ الحسابات والمحاسب المعتمد، السالف الذكر.

- M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 335, p. 212: "l'associé peut se faire assister par un expert-comptable ou un commissaire aux comptes".

<sup>2</sup> D. Gibirila, *Société en nom collectif, op. cit.*, n° 204, p. 28: "les associés peuvent, dans l'exercice de ce droit, se faire assister par un expert choisi sur une des listes établies par les cours et tribunaux".

<sup>3</sup> M. Salah, *op. cit.*, n° 473, p. 277 et D. Gibirila, *Société en nom collectif, op. cit.*, n° 204, p. 30.

<sup>4</sup> M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 335, p. 213.

<sup>5</sup> Art 157 A.U.S.C.G (acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique), cité par M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 335, p. 213.

<sup>6</sup> A- A. Akam, *Les mutations juridiques dans le système ohada*, L'hamattann, 2009, p. 234: "l'expertise de gestion répond au souci premier de garantir une information fiable aux associés".

<sup>٧</sup> المادة ٥٥٨ الفقرة ٢ ق. ت. ج: "كما أنه يمكن أن ينص القانون الأساسي على أن تؤخذ القرارات عن طريق استشارة كتابية، إذا لم يطلب أحد الشركاء عقد اجتماع الشركاء".

<sup>٨</sup> ع. سيع، *الاستشارات الكتابية في الشركات التجارية*، مجلة المؤسسة والتجارة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، عدد ٢، ٢٠٠٦، رقم ٠٨، ص. ٥٩.

والاستشارات الكتابية بهذا المعنى تختلف عن الأسئلة الكتابية، حيث يمكن تعريف هذه الأخيرة، على أنها وسيلة لإطلاع الشريك على أعمال الإدارة، والتي يطرح بموجبها الشريك أسئلة كتابية على المديرين، الذين يكونون ملزمين بالإجابة كتابة<sup>1</sup>.  
تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، لم ينص صراحة على إمكانية طرح الشريك للأسئلة الكتابية على المديرين، خلافا للمشرع الفرنسي<sup>2</sup>، الذي منح للشريك إمكانية الشركاء لطرح الأسئلة الكتابية على المدير أو المديرين حسب الحالة عن جميع الحقائق الخطيرة على استمرار مشروع الشركة<sup>3</sup>. فالشركاء يمكن لهم أن يطرحوا أسئلة كتابية على المديرين مرتين في السنة حول تسيير الشركة، والمديرين ملزمون بالرد على تلك الأسئلة كتابة<sup>4</sup>، في مهلة شهر واحد<sup>5</sup>. إلا أنه تجب الملاحظة إلى أن استعمال الشريك لحق طرح الأسئلة الكتابية، "يجب ألا يكون تعسفيا وأن يكون مرتبطا بجدول الأعمال لا غير"<sup>6</sup>.

### المطلب الثاني: جزاء عدم تمكين الشركاء من ممارسة حق الإطلاع

سبق القول إلى أن اطلاع شركاء في شركة التضامن ينطوي على اطلاع مسبق ويكون قبل انعقاد الجمعية السنوية وكذا على اطلاع دائم ويكون مرتين في السنة، يساعد حق الإطلاع الشركاء من معرفة الوضعية الحقيقية للشركة، لذا يثور التساؤل: ما الجزاء المترتب عن عدم تمكين الشريك من ممارسة حقه في الإطلاع؟  
- جزاء عدم تمكين المدير لشركاء شركة التضامن من ممارسة حقهم في الإطلاع المسبق

نص المشرع الجزائري صراحة على بطلان مداوات الجمعية العامة<sup>7</sup>، وهذا في حالة عدم احترام حق الشريك في الإطلاع الإطلاع المسبق. وهذا البطلان يجد أساسه من خلال تقصير مديري شركة التضامن بإرسال المستندات المشار إليها في المادة ٥٥٧ الفقرة الأولى<sup>8</sup>، وكذا نص القرارات المقترحة. ويتحقق هذا التقصير إما بعدم إرسال دفتر أو وثيقة من بين الدفاتر والوثائق، أو عدم وجود أي إرسال لتلك الدفاتر والوثائق المنصوص عليها قانونا<sup>9</sup>. وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أكثر من ذلك وهو بطلان أي شرط في النظام الأساسي للشركة، أو في اتفاق لاحق، يخالف أي حكم منصوص عليه في المادلا ٥٥ من القانون التجاري الجزائري<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> ع. سبع، الاستشارات الكتابية في الشركات التجارية، المقال السابق، رقم ٥٠٨، ص. ٥٩ ون. حميدة، المنكرة السابقة، ص. ١٧٦.

<sup>2</sup> Art L. 221- 8 C. com. fr.

- ع. سبع، المراقبة الداخلية في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة وهران، ٢٠٠٥، ص. ٥٠.

<sup>3</sup> M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 335, p. 213: "tout associé peut, deux fois par exercice, poser des questions écrites au président-directeur général, au directeur ou à l'administrateur général sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation".

<sup>4</sup> Ph. Merle, *Droit commercial, Sociétés commerciales*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 2001, n° 146, p. 177: "les associés peuvent également poser par écrit, deux fois par an, des questions sur la gestion sociale. Les gérants doivent y répondre par écrit".

<sup>٥</sup> ع. سبع، المنكرة السابقة، ص. ٥٠: "هذه الأسئلة متعلقة بتسيير الشركة، يلتزم المسير بالإجابة عنها كتابيا وذلك في مهلة شهر واحد".

<sup>٦</sup> ن. حميدة، المنكرة السابقة، ص. ١٧٨.

<sup>٧</sup> المادة ٥٥٧ الفقرة ٢ ق. ت. ج.

<sup>٨</sup> يتعلق الأمر بتقرير التسيير، الجرد، الحسابات السنوية (الميزانية وحساب النتائج)، وكذا حساب النتائج.

<sup>٩</sup> المادة ٥٥٧ الفقرتين ١ و ٢ ق. ت. ج.

<sup>١٠</sup> المادة ٥٥٧ الفقرة ٤ ق. ت. ج.

يتضح أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة، إلى إمكانية لجوء الشريك في شركة التضامن إلى القضاء الاستعجالي، لاستصدار أمر يلزم المديرين بواجب التبليغ تحت طائلة الإكراه المالي، وهذا عند عدم تبليغه بالدفاتر والوثائق المنصوص عليها في القانون كليا أو جزئيا، أو رفض تبليغه بتلك الوثائق أو بعضها، كما في شركة المساهمة<sup>1</sup>.

تجب الملاحظة إلى أنه في كل الحالات، استنادا إلى إمكانية تعويض الضرر، طبقا للقواعد العامة في القانون المدني<sup>2</sup>، فإن المسؤولية المدنية تقوم متى توافرت العناصر الثلاثة والمتمثلة في الضرر والخطأ وكذا العلاقة السببية بين الضرر والخطأ<sup>3</sup>. وعلى هذا الأساس فالتعويض ممكن، ويقع على عاتق المديرين، الذين يتحملون هذا التعويض نتيجة إخلالهم بتوجيه كل الدفاتر والوثائق المنصوص عليها قانونا إلى الشركاء في شركة التضامن أو رفضهم تبليغها إليهم. فمتى تحقق إخلال المديرين بواجب تبليغ المستندات ونص القرارات المقترحة المنصوص عليها قانونا<sup>4</sup>، جاز للشريك أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بالتعويض، عن الضرر الذي لحقه من جراء حرمانه من ممارسة حقه في الإطلاع المسبق.

- جزاء عدم تمكين الشريك من ممارسة حقه في الإطلاع الدائم

ذهب جانب من الفقه الفرنسي<sup>5</sup> إلى إمكانية لجوء الشريك إلى القضاء من أجل استصدار أمر قضائي مستعجل، يطلب بموجبه تمكينه من ممارسة حقه في الإطلاع الدائم، وفي مقر الشركة، على كل وثيقة موضوعة من الشركة أو مستلمة منها<sup>6</sup>. مع الملاحظة بأن المشرع الجزائري لم يتبنى إمكانية لجوء شريك شركة التضامن إلى القضاء الاستعجالي، إلا أن ذلك لا يمنع الشريك اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض لقيام المسؤولية المدنية للمديرين، طبقا للأحكام العامة في القانون المدني<sup>7</sup>. فمتى منع المدير الشريك من ممارسة هذا الأخير لحقه بالإطلاع على كل وثيقة موضوعة في الشركة، كان المدير مرتكب لخطأ قانوني سبب ضررا للشريك يستلزم بموجبه التعويض.

خاتمة:

النتائج التي توصل إليها الباحث من خلال الدراسة، أن حق الشريك بالإطلاع على الوثائق والدفاتر في شركة التضامن يمتد بكل المراحل المختلفة لحياة الشركة، إذ أن المعلومات تختلف بحسب نوع الشركة. فكل شركة أخضعها المشرع لقواعد مميزة حفاظا على حقوق الشركاء. فحق الإطلاع للشريك في شركة التضامن على الوثائق والدفاتر في الشركة<sup>8</sup> يختلف عن حق الإطلاع للمساهم في شركة المساهمة<sup>9</sup> مثلا. ويمكن استنتاج ذلك من خلال العلاقة الكبيرة جدا والمتقاربة فيما بين

- M. Salah, *op. cit.*, n° 472, p. 277: "il est évident que toute clause statutaire contraire à l'ensemble de ces dispositions doit être déclarée non écrite".

<sup>1</sup> المادة 683 ق. ت. ج، ن. حميدة، المرجع السابق، ص. 185.

<sup>2</sup> المادة 124 ق. م. ج التي تنص على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرارا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

<sup>3</sup> ن. حميدة، المذكرة السابقة، ص. 186.

<sup>4</sup> المادة 557 الفقرتين 1 و 2 ق. ت. ج.

<sup>5</sup> M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 335, p. 213.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> المادة 124 المعدلة ق. م. ج.

<sup>8</sup> المادتان 557، 558 ق. ت. ج.

<sup>9</sup> المواد 670، 672، 680، 682 ق. ت. ج.

شركاء شركة التضامن وبين المديرين، وهذه العلاقة تجعل شركاء شركة التضامن أقل حاجة لوضع إطار ضيق لممارسة حقهم في الاطلاع<sup>1</sup>.

يسمح الحق في الاطلاع نظريا، للشركاء من معرفة الحالة التي عليها الأعمال بصفتهم الملاك الحقيقيون للشركة. كما يتيح لهم الفرصة لتقييم أداء هذه الشركة، من خلال معرفة الأرباح السنوية التي حققتها هذه الأخيرة، وكذا معرفة ثروتهم من خلال دراسة الوضعية الحقيقية للشركة. إلا أنه من الناحية العملية لا يمكن للشركة أن تأمل في بقاءها وجذب المتعاقدين معها، إلا إذا تمتعت بالثقة من خلال ممارسة سياسة الشفافية<sup>2</sup>.

يتضح من استقراء النصوص القانونية أن المشرع الجزائري لم يبين الطريقة التي يتم اتخاذها كوسيلة لإرسال الوثائق والتفاتر إلى الشركاء لممارسة حقهم في الاطلاع، كما لم يبين إمكانية مواجهة المديرين من خلال استعانة الشركاء بالأسئلة الكتابية باعتبارها وسيلة مباشرة لمعرفة حالة التسيير وكذا الاستفسار عن مضمون الوثائق التي يجب الاطلاع عليها.

يقترح الباحث على المشرع الجزائري تنظيم الوسائل التي تتوفر على أحسن حماية لمضمون وثائق الشركة عند إرسالها إلى الشركاء ولتكن بموجب رسالة موصى بها مع الإشعار بالوصول باعتبارها وسيلة إثبات وجود الإرسال، مع النص على إمكانية طرح الشركاء للأسئلة الكتابية على المديرين لما في ذلك من تقرير لمبدأ الشفافية وللتحقيق من مضمون وثائق الشركة.

#### قائمة المصادر

##### أهم النصوص القانونية باللغة العربية:

- القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج.ر. 4 ماي 1988، عدد 18، ص. 541.
- الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، ج. ر. 11 ديسمبر 1996، عدد 77، ص. 4.

##### أهم النصوص القانونية باللغة الفرنسية:

- Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil, J.O.R.F. du 5 janvier 1978, p. 179.
- Loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 sur la modification du livre VII du Code de commerce, éd. litec, 2005, p. 1706.

##### \* المراجع باللغة العربية:

- ابن منظور، معجم لسان العرب، الجزء 11، دار صادر، لبنان، 2003.

<sup>1</sup> B. Dondero, *op. cit.*, n° 339, p. 182 : "la situation de l'associé d'une société de personnes est différente. On peut supposer que cet associé est dans une relation de plus grande proximité avec les dirigeants, et qu'il est donc moins besoin de donner un cadre formalisé à l'exercice de son droit d'information".

<sup>2</sup> M- A. Mouthieu, *op. cit.*, n° 344, p. 212.

- عبده حاتم سعيد(م.)، فصل الشريك وأثره على شركة التضامن، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الأردن، ٢٠١٠.
- السنهوري(ع.)، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء ٥، العقود التي تقع على الملكية، المجلد ١، الهيئة والشركة والدخل الدائم والصلح، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، ١٩٩٨.
- كمال طه(م.)، الشركات التجارية، الأحكام العامة في الشركات- شركات الأشخاص- شركات الأموال- أنواع خاصة من الشركات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- محمد محرز(أ.)، الشركات التجارية، القواعد العامة للشركات- شركات الأشخاص- شركات الأموال- القطاع العام والنحول إلى القطاع الخاص- مروع قانون الشركات الموحد الجديد، القاهرة، ٢٠٠٠.
- صفاء محمود السويلمي(أ.) وتالا سعود الشوا(أ.)، التشريعات التجارية وتشريعات الأعمال، الطبعة ١، دار وائل للنشر، ٢٠٠٥.
- نجار(إ.)، وزكي بدوي(أ.)، وشلالا(ي.)، القاموس القانوني الجديد، فرنسي- عربي، مع مسرد عربي- فرنسي، مكتبة لبنان، ٢٠٠٩.
- عبد اللطيف غطاشة(أ.)، الشركات التجارية، دراسة تحليلية، دار صفاء للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩.

**\* المذكرات:**

- بوقرور(س.)، الأهلية القانونية لممارسة مهنة محافظ الحسابات في الشركات التجارية، مجلة المؤسسية والتجارة، عدد ٤، ابن خلدون للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.
- حميدة(ن.)، حقوق المساهمين في شركة المساهمة، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، جامعة وهران، ٢٠٠٧.
- سبع(ع.)، الاستشارات الكتابية في الشركات التجارية، مجلة المؤسسية والتجارة، ابن خلدون للنشر والتوزيع، عدد ٢، ٢٠٠٦.

**\* المراجع باللغة الفرنسية:**

- Salah (M.), Les sociétés commerciales, t. 1, les règles communes, La société en nom collectif, la société en commandite simple, Coll. Dr. aff, éd. EDIK, 2005.
- Magnier (V.), Droit des sociétés, 4<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2009
- Guyon (Y.), Traité des contrats, Les sociétés, Paris, 3<sup>ème</sup> éd., L.G.D.J, 2000.
- Dondero (B.), Droit des sociétés, Dalloz, 2009.
- Gibirila (D.), Droit des sociétés, 3<sup>ème</sup> éd., Ellipes, 2008.
- Gibirila (D.), Nom collectif (Société en), Jouriscl. Soc., paris, Dalloz, 2008.
- Mouthieu (M-A.), L'intérêt social en droit des sociétés, L'Harmattan, Paris, 2005.
- Leumeunier (F.), Société en nom collectif- sociétés en commandite simple- société en participation- création- gestion, Delmas, 2<sup>ème</sup> éd., 1999.
- Akam (A-A.), Les mutations juridiques dans le système ohada, L'Harmattan, 2009.

- Couret (A.) et Barbier (J-Q.), Droit commercial, 13<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1996.
- F. Guiramand et A. Heraud, Droit des sociétés, manuel et applications, DCG. 2, Dunod
- Guyon (Y.), Droit des affaires, Droit commercial général et sociétés, t. 1, 6<sup>ème</sup> éd., Economica, Paris, 1990.
- A. Charveriat, A. Couret et B. Mercadal, Droit des affaires, sociétés commerciales, Dalloz, 2003.
- Cozin (M.) et Viandier (A.) et Deboissy (FL.), Droit des sociétés, Littec, 12<sup>ème</sup> éd., 2000.

## مسؤولية الناقل عن المرحلة التمهيديّة لتنفيذ عقد نقل الحاويات بحرا

بور طال أمينة - باحثة دكتوراه - بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان-

### ملخص:

تحتلّ مسؤولية الناقل البحري مكانة مهمة جدا من بين شتى موضوعات القانون البحري على مستوى التشريع الوطني أو التشريع الدولي نظرا لما تثيره من منازعات عديدة أمام القضاء خاصّة أمام العقوبات التي تصادف عملية نقل البضائع المحتواة المنقولة على متن السفينة من المفروض أن تكون صالحة للملاحة، حيث اختلفت الاتفاقيات الدولية في تحديد طبيعة هذا الالتزام بما فيها قواعد روتردام الذي اعتبرته التزام مستمر متعلّق بالنظام العام كمرحلة سابقة تشكّل جوهر تنفيذ عملية النقل البحري. بالإضافة إلى الإشكالات القانونية التي تثيرها الحاوية كوسيلة تغلفة نمطية مما يستوجب على الناقل البحري بذل العناية الواجبة؛ لضمان صلاحيتها للتعبئة سواء كانت تلك المقدمة من قبل الناقل أو من قبل الشركات البحرية ممّا يؤدي في نهاية المطاف إلى قيام مسؤوليته عن الأضرار الناتجة عن عيوب الحاوية التي لا تعتبر خطأ صادرا من الغير يعفيه من المسؤولية، وإن كان الالتزام بتغليف البضاعة يقع على عاتق الشاحن كأصل عام إذا اعتبرنا الحاوية وسيلة تغلفة.

### الكلمات المفتاحية:

الناقل البحري، المسؤولية، صلاحية السفينة للملاحة، الحاوية، وسيلة تغلفة وأداة نقل البضاعة، ملكية وتأجير الحاويات.

## **Résumé:**

La responsabilité du transporteur maritime occupe une place importante parmi les différents thèmes du droit maritime au niveau de la législation nationale ou internationale en raison des nombreux litiges soulevés devant les tribunaux à cause des obstacles qu'ils rencontrent transport de marchandises par des conteneurs d'une opération mobile à bord du navire ,qui est censé être en état de navigabilité Lorsque différents accords et avis pour déterminer la nature de cet engagement , y compris les Règles de Rotterdam, qui l'a examiné un engagement continu à l'ordre public liés à une étape antérieure former le noyau de la mise en œuvre du processus d'expédition. Outre les manigances juridiques soulevées par le conteneur comme un moyen en dessous atypique, ce qui exige une diligence raisonnable pour assurer l'aptitude à la mobilisation fournie par le transporteur ou par des sociétés maritimes, qui a finalement conduit à l'établissement de la responsabilité pour les dommages causés par des défauts du récipient, qui n'est pas considéré comme une faut par tiers exonérés par tous responsabilité. Sauf au cas où le chargeur fait un emballage pour la marchandise surtout si on considérant le conteneur un moyen d'emballage.

**Les mots clés :** le transporteur maritime, la responsabilité, état de navigabilité du navire, le conteneur, un moyen d'emballage et moyen de transport la marchandise, propriété et affrètement du conteneur.

## **مقدمة:**

شهدت صناعة النقل سلسلة من التطورات السريعة والمتلاحقة منذ بداية الستينيات فبرز اهتمام كبير بالبحر كطريق سريع للاتصال بين مختلف بقاع العالم لنقل المسافرين والبضائع. وازدادت أهمية النقل البحري على وجه الخصوص مع تطور حركة الملاحة البحرية من جراء تغير ظروف الاستغلال البحري مما أدى إلى صناعة سفن ضخمة وناقلات عملاقة بما لها من أثر بالغ على ارتفاع تكاليف استغلالها.

كما ظهرت خدمات فرعية عديدة يلتزم الناقل البحري بأدائها مع ما يتطلبه ذلك من وجوب احترام قواعد معينة كالتزامه بتقديم سفينة صالحة للملاحة وتغليف البضاعة خاصة أمام ما يثيره النقل البحري من مشاكل كالتكلفة الباهظة لعملية تغليف البضائع التي تعتبر من الأمور الحتمية لنفاذ عملية النقل البحري بمشتملاتها على نحو يضمن حمايتها من مخاطر البحر، والذي يختلف باختلاف نوع وطبيعة البضاعة ومدّة الرحلة.

ولهذا ظهرت الحاجة إلى ضرورة العثور على وسيلة لاختصار الوقت الذي تستغرقه عمليات الشحن والتفريغ، حتى لا تتعطل السفينة عن رحلتها، فكانت الشرارة الأولى لحلّ هذه المشكلة هو استخدام الحاويات كأداة حمولة نمطية تدرج ضمن أفضل الوحدات تجميعا للبضائع ومطابقة للمواصفات القياسية الدولية والتي تلعب دورا كبيرا في إيصال البضائع من الباب إلى الباب كأساس يقوم عليه نظام النقل الدولي متعدد الوسائط في تفادي حوادث السرقة والأضرار اللاحقة بالبضائع، وتخفيض تكاليف وزيادة تدفق وانسياب البضائع بين الدول نتيجة التقليل من زمن مكوث السفن في الموانئ بما له من انعكاس ايجابي في ازدياد عدد رحلات سفن ناقلات البضائع المحتواة التي تساهم في نقل عدد كبير من الحاويات، حيث تشير الإحصائيات في هذا السياق على أنه يبلغ عدد الحاويات المنقولة عالم ٢٠٠ حوالي ٦ مليون حاوية نقلت في جميع

أنحاء العالم،<sup>1</sup> كما يقدر معدّل نمو سفن الحاويات ذات الحمولات بـ ٤٠٠٪ لتحقيق اقتصاديات الحجم كما وصل إجمالي عدد الحاويات التي تعمل في خدمة تلك السفن عالم ٢٠٠٦ حوالي ٢١ مليون حاوية.<sup>2</sup>

وقد أثير جدل كبير حول التكييف القانوني للحاوية إذ كان لظهورها مردود على النظام القانوني لعقد نقل البضائع المحتواة، بالإضافة إلى ما قد يتطلبه استخدام هذه الوسائل النمطية من منشآت بحرية التي ينبغي أن تتلاءم مع طبيعتها وهو ما يؤدي إلى التقليل من الهلاك والتلف الذي قد يلحق بالبضائع المشحونة ووصولها في المواعيد المحددة لها وبسرعة فائقة وتخفيض من مبالغ التأمين على البضائع المنقولة على متن السفن ناقلات الحاويات.<sup>3</sup>

كما أنّ ملكية الناقل البحري للحاويات واستئجارها من قبل شركات مختصة أثر بالغ في إلقاء المسؤولية عليه من قبل الشاحن خاصة أمام ما طرحه الحاويات المبردة من إشكالات على ساحة القضاء، بالإضافة إلى الإشكاليات التي تثيرها علاقة عقد النقل البحري بعقد استئجار الحاوية من إشكالات وتكييف طبيعته القانونية على أنه عقد مستقل أو عقد قائم على أساس تبعية لعقد النقل.

وعليه فالإشكالية التي تطفو على السطح ألا وهي: ما هي الالتزامات التي تقع على عاتق الناقل البحري للبضائع المحتواة خلال المرحلة السابقة على تنفيذ عقد النقل؟ وفيما تكمن إشكالية استئجار وملكية الحاوية من قبل الناقل البحري أو شركات تأجير الحاويات؟ وما مدى انعكاس إخلال الناقل بهذه الالتزامات على نظام مسؤوليته؟

وللإجابة عن هذه الإشكالات الرئيسية ارتأينا تقسيم الموضوع محل الدراسة إلى مطلبين:

بحيث سنخصّص المطلب الأول للحديث عن (مسؤولية الناقل البحري عن صلاحية السفينة) والمقسّم إلى فرعين:

**الفرع الأول: مفهوم صلاحية السفينة للملاحة**

**الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بإعداد سفينة صالحة للملاحة**

في حين أنّ المطلب الثاني سنتحدث فيه عن (مسؤولية الناقل البحري عن صلاحية الحاوية للتعبئة) والمقسّم هو الآخر إلى فرعين:

**الفرع الأول: مدى انعكاس تأجير الحاوية الصالحة للتعبئة على مسؤولية الناقل البحري**

**الفرع الثاني: إشكالية ملكية واستئجار الناقل البحري للحاوية**

<sup>1</sup> لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فريق العمل الثالث (المعني بقانون النقل)، بخصوص إعداد مشروع صك لقانون نقل البضائع بحرا ، الدورة الحادي عشر، نيويورك، ٢٤ مارس إلى ٠٤ أبريل ٢٠٠٣، ص ١١ A/CN.9/WG.III/WP. 2

<sup>2</sup> وتقسم تلك الحاويات إلى ١١,٨٦٥ مليون حاوية يملكها الناقلون البحريون و ٩,٧٥٥ مليون حاوية يملكها شركات المؤجرة للحاويات - عبد القادر لاشين، النقل البحري العربي في مواجهة التكتلات والاندماجات العالمية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٨، ص ١٩٦.

<sup>3</sup> محمد غريب عبد العزيز، النظام القانوني للنقل البحري والحاويات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، بدون طبعة، ص ١١٩، ١٢٦.

### المطلب الأول: مسؤولية الناقل البحري عن صلاحية السفينة:

بما أنّ جوهر عقد النقل البحري هو إيصال الحاويات إلى الميناء المتفق عليه على أنه تقع على عاتق الناقل البحري عدّة التزامات، يترتب على إخلاله بها مساءلته قبل الشاحن أو المرسل إليه، لذا سنتطرق هنا إلى تحديد مفهوم صلاحية السفينة (الفرع الأول) ثمّ مسؤولية الناقل البحري عن مدى توفيره أداة ملائمة لنقل البضائع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: مفهوم صلاحية السفينة للملاحة:

على غرار التزام الناقل البحري بضرورة توفير سفينة صالحة للملاحة فالحاوية هي الأخرى كوسيلة تغلفة نمطيّة يجب على الناقل أن يضمن صلاحيتها للتعبئة بالأمر الذي يتطلّب ملاءمتها لطبيعة البضاعة المنقولة، حيث أنه تعتبر السفينة عنصر أساسي في عقد النقل، خاصّة وأنّ الناقل البحري يتحمّل عبء نقل البضاعة المحتواة من ميناء لآخر إذ يتحكّم في تنقل السفينة<sup>1</sup> التي يجب أن تكون صالحة للملاحة لضمان حسن تنفيذ عملية النقل. وبما أنّ هذا الالتزام هو أولى التزامات الناقل لبدء تنفيذ العقد طبقاً لنص المادة ٧٧ من ق.ب.ج<sup>2</sup> فإنّ الأمر يستدعي في هذه الحالة ضرورة توفير سفينة مهيأة لاستقبال الحاويات بغضّ النظر عمّا إذا كانت تلك السفينة معينة أو بديلة مادام أنه يجوز تضمين وثائق الشحن شرطاً يجيز للناقل البحري تقديم سفينة أخرى بدلاً من السفينة المتفق عليها<sup>3</sup>. وفي غالبية الأحوال تتولّى بعض الهيئات المتخصصة المتخصصة بمنح شهادة تثبت صلاحية السفن للملاحة كما هو الشأن على سبيل المثال شركة Lloyds Register البريطانية وشركة فيرتاس الفرنسية (Bureau Veritas)<sup>4</sup>. هذه الأخيرة التي تمنح لها السلطة في تحديد مواصفات السفن وكافة الشّروط المتطلّبة لصلاحيتها للملاحة وتتولّى عملية تصنيف السفن وإعطائها درجة الصلاحية واستخراج شهادات كتحقيق مدى ثبوت صلاحيتها<sup>5</sup>.

وكان أوّل ظهور لهذا الالتزام في القانون الفرنسي في الأمر المتعلق بالبحارة l'ordonnance de la marine لضمان إمكانية ركوب السفينة للبحر أمام غياب السفن المتخصصة في تلك الفترة<sup>6</sup> ليصبح بعد ذلك مفهوم صلاحية السفينة للملاحة معقّد

<sup>1</sup> بن عمار محمد، الإطار القانوني لاستغلال السفينة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد ٤، سنة ١٩٩٨، جامعة بن عكنون، الجزائر، ص ٩١.

<sup>2</sup> تنص المادة ٧٧٠ من الأمر رقم ٧٦-٨٠ مؤرخ في ٢٣/١٠/١٩٧٦، ج.ر. عدد ٢٩ لسنة ١٩٧٧ المعدل والمتمم بالقانون رقم ٠٥/٩٨ المؤرخ في ٢٥/٠٦/١٩٩٨، ج.ر. عدد ٤٧ لسنة ١٩٩٨ المعدل والمتمم بالقانون رقم ١٠-٠٤ المؤرخ في ١٥ أوت ٢٠١٠، ج.ر. عدد ٤٦ ل ١٨ أوت ٢٠١٠ المتضمن القانون البحري الجزائري "أنه يتعين على الناقل قبل بدء الرحلة السهر على العناية اللازمة بوضع سفينة صالحة للملاحة وتزويدها بالتسليح والتجهيز والتموين بشكل مناسب وكذا تنظيف وترتيب ووضع جميع أقسام السفينة التي ستوضع فيها البضائع وجعلها في حالة جيّدة لاستقبالها ونقلها وحفظها." وهو ما تنص عليه المادة ٣/٩٤ من اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار التي حلت محل المعاهدات الأربعة في 1958 ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في عام 1994 أنه تتخذ كلّ دولة بالنسبة إلى السفن التي ترفع علمها ما يلزم من التدابير لتأمين سلامة السفن في البحار خاصة فيما يتعلق ببناء السفن ومعداتها وصلاحيتها للإبحار...

<sup>3</sup> مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠١٢، طبعة ثانية، ص ٢٢٣.

<sup>4</sup> Guy Lefebvre, « L'obligation de navigabilité et le transport maritime sous connaissance », Les Cahiers de droit, vol. 31, n° 1, 1990, p. 81-123, p 116.

<sup>5</sup> محمد غريب عبد العزيز، المرجع السابق، ص ٦٦.

<sup>6</sup> Article 12, Titre III, Livre III, Ordonnance de la marine de 1861.

بقدر التطور الذي شهدته المجالات التقنية والقانونية، ومع ما تحتاجه صناعة النقل البحري من أموال طائلة لأجل تطوير أساطيلها التجارية بما يتلاءم مع التطورات العالمية في فنّ بناء السفن الحديثة ذات التكنولوجيا المتقدمة وكذا رفع كفاءة موانئها لاستقبال هذه السفن<sup>1</sup> كما تجدر الإشارة أنّ هذه الصلاحية لا تشمل فقط السفينة التي عرّفها المشرع الجزائري بمقتضى المادة<sup>2</sup> 1 من ق.ب.ج<sup>3</sup> وإنما يجب عليه كذلك الاستعانة بطاقم بحري مؤهل وكفاء ومتخصّص لانجاز كافة مراحل الرسالة البحرية.

وقبل التعرّض لاختلاف طبيعة صلاحية السفينة لا يمنعنا الأمر من باب أولى تحديد مفهوم صلاحية السفينة للملاحة الذي ينبغي أن تتوافر فيها شروط المتانة والثبات والسلامة الأمر الذي يسمح لها بنقل البضاعة والقيام بالرحلة المقررة في الظروف العادية مع مراعاة ما قد تتعرض له من مخاطر<sup>3</sup>، حيث يعرّف الفقيه الإنجليزي Carver هذا الالتزام في كتابه الشهير 'النقل عن طريق البحر' بمدى ملائمة السفينة من حيث التصميم والهيكل والمعدّات لمواجهة مخاطر الرحلة الاعتيادية بما لديها من طاقم وربّان كفؤ لمواجهة مخاطر الرحلة البحرية. لتشمل الصلاحية المادية والبشرية، والصلاحية الوثائقية والصلاحية التجارية لضمان تسليم البضائع المحتواة إلى صاحب الحق عليها سليمة في ميناء الوصول:

#### أ- الصلاحية المادية:

والتي يقصد بها نوعية وعمر السفينة ونوع المياه الملاحية ومسار رحلتها بالإضافة إلى تجهيزاتها من ماكينة السفينة وعنابرها وأنابيبها وخزان الوقود وروافعها، وكذا العلم الذي تمّ التوصل إليه بخصوص صناعة وتصميم السفن، خاصة مع ظهور الحاويات حيث تغيّر شكل السفينة لتظهر في الوجود سفن مجهزة خصيصا لإجراء عملية النقل البحري للحاويات، التي تعد جزء من تكوينها مما يستوجب على الناقل معاينة صلاحيتها وتزويدها بالمعدّات تبعا لطبيعة البضاعة<sup>4</sup>. ممّا يستوجب إخضاع السفينة لعدة معاينات من بينها المعاينة الأولية والمعاينة التجديدية والمعاينة الدورية والمعاينة الإضافية وهو ما تؤكّده المنظمة الدولية البحرية IMO على أنه يتم إثبات صلاحية السفينة للملاحة بشهادة السلامة مصادق عليها من قبل الجهة المفوضة<sup>5</sup>.

#### ب- الصلاحية البشرية:

يجب على الناقل بذل العناية اللازمة في اختيار وتوظيف عدد كافي من أفراد الطاقم تتوافر فيهم شروط الكفاءة الفنية وإن كان عدم كفاية طاقم السفينة لا يعني عدم صلاحية السفينة للملاحة.

<sup>1</sup> ويقصد بسفن الحاويات بمثابة سفن تصمم خصيصا لإجراء عملية نقل هذه الوسائل النمطية سواء داخل العنابر كخلايا يتم من خلالها تنزيل الحاويات من فتحة العنبر مباشرة الى الخلية التي تستند الى أربع قضبان حديدية والتي تعد جزء من بناء السفينة يمكن انزالها أو رفعها ولكل خلية رقم مثبت ومسجل في خطة شحن وتستيف الحاويات وإما فوق سطح السفينة مما يستوجب وجود وسائل تثبيت آلية.

- محمد غريب عبد العزيز، المرجع السابق، ص ١٣، ١٣١.

<sup>2</sup> تعرف السفينة "على أنها كل عمارة بحرية أو آلية عائمة تقوم بالملاحة البحرية، إما بوسيلتها الخاصة أو إما عن طريق قطرها بسفينة أخرى أو مخصصة لمثل هذه الملاحة" طبقا لنص المادة ١٣ من القانون البحري الجزائري

<sup>3</sup> مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٢٢٤.

<sup>4</sup> وليد خالد عطية، الجوانب القانونية الالتزام الناقل البحري بأعداد سفينة صالحة للملاحة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، سنة الخامسة، ص من ٢٦٢ إلى ٢٧٧.

<sup>5</sup> محمد بهي الدين، أضواء على أهم إصدارات المنظمة الدولية البحرية IMO، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، مارس ٢٠٠٧، ص ٠٤.

### ج- الصلاحية الوثائقية:

تعني ضرورة توفير الوثائق اللازمة من خرائط وبيانات بحرية ضرورية لاجتياز الرحلة التي تسمح للناقل البحري الإبحار بسلام<sup>1</sup> كخريطة الباكية التي تشبه خريطة التستيف بالنسبة للبضائع العامة بحيث تشمل كل خلية معلومات تفصيلية عن الحاوية<sup>2</sup>. وهو ما تنادي به أيضا اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982 وفقا للمادة ٤٩ بأنه على كل سفينة أن تحمل الخرائط والمنشورات الملاحية...

### د- الصلاحية التجارية:

يجب على الناقل إعداد سفينة صالحة للحمولة وتجهيزها بالوسائل اللازمة وتطهيرها تحضيراً لعملية استلام البضائع المتعاقد عليها ونقلها إلى الميناء المتفق عليه وهو ما يصطلح عليه بالصلاحية التجارية العامة<sup>3</sup> على خلاف الصلاحية التجارية الخاصة والذي نعني بها إعداد السفينة وتجهيزها بالوسائل اللازمة إذا كانت البضائع المحتواة المتعاقد عليها تتطلب مثل تلك الترتيبات الأمر الذي قد يؤدي في أن تصبح السفينة في حالة غير صالحة للملاحة نتيجة أي إهمال مترتب عن ذلك<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بإعداد سفينة صالحة للملاحة:

تثور مسؤولية الناقل البحري للحاويات إذا كشف صاحب الحق على البضاعة أو الشاحن إن وقوع الأضرار نتيجة إخلال الناقل بالتزامه بتحقيق نتيجة لإيصال البضائع المحتواة بالشكل الذي استلمها عليه بميناء القيام، حيث يسأل عن كل ضرر الذي يحول دون تحقق النتيجة، ما لم يتمكن من إثبات أنه قد بذل الهمة الكافية من قبله أو من قبل كل من استعان به لتنفيذ هذا الالتزام كقاعدة بديلة لإلغاء الضمان المطلق الذي يلقي على عاتق الناقل البحري وهو ما يعني أن استعانة الناقل بشخص آخر لتنفيذ الالتزام سيترتب عنه تملص الناقل البحري من المسؤولية وبالتالي تجنب هذا الالتزام المطلق ببذل الهمة الكافية لجعل السفينة صالحة للملاحة<sup>5</sup> وان كان قد يعفى من المسؤولية إذا تمكن من رده إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، غير أنه لا مجال للحديث عن ذلك إذا كان سبب الضرر يرجع إلى عيب في السفينة ولو كان خفياً بحيث تقوم مسؤولية الناقل البحري العقدية فإذا نجم الضرر عن السفينة فإنه ينسب إلى الناقل البحري بطبيعة الحال ويكفي للمرسل إليه التمسك<sup>6</sup> بقريئة الحراسة<sup>7</sup> الواردة في المادة ١٣ من ق.م.ج التي تنص على أن كل من تولى حراسة شيء وكانت له عليه سلطة الاستعمال والتسيير والرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء إلا إذا أثبت حدوث الضرر بسبب غير متوقع كفعل المضرور أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة. مما يدل بهذا المفهوم بأنه قد يعفى

<sup>1</sup> وليد خالد عطية، الجوانب القانونية الالتزام الناقل البحري بأعداد سفينة صالحة للملاحة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، سنة الخامسة، ص من ٢٦٢ إلى ٢٧٧.

<sup>2</sup> أيمن النحراوي، موانئ الحاويات الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٩، طبعة أولى، ص ٩٩.

<sup>3</sup> عادل علي المقدادي، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، بدون طبعة، ص ٢٣٣.

<sup>4</sup> وليد خالد عطية، نفس المرجع، ص ٢٨٥، ٢٨٦.

<sup>5</sup> أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ثانية، ص ١٠٠.

<sup>6</sup> عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٣، ص ٢٣٣.

<sup>7</sup> "يقصد بالحراسة أي أن يكون للحارس السيطرة الفعلية على الشيء والتصرف فيه في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه"

- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٤، طبعة ثانية، ص ٢١٩

الناقل البحري من المسؤولية إذا كانت الأضرار والخسائر اللاحقة بالبضائع ناشئة عن عدم صلاحية السفينة للملاحة في الحالة التي يقدم فيها الناقل البحري الدليل على أنه قام بجميع التعهدات التي تقع على عاتقه.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة أن معاهدة بروكسل ألزمت الناقل البحري ببذل الهمة الكافية قبل وعند الرحلة البحرية بجعل سفن الحاويات صالحة للملاحة<sup>2</sup> مع مراعاة أن مستوى الهمة وبذل العناية سيرتفع بارتفاع تعقيد السفن الحديثة، ذلك أن العناية الواجبة في تجهيز السفن لا يقاس بما كان عليه إبان السفن التقليدية، حيث يستطيع الناقل البحري التخلص من المسؤولية عن الهلاك والتلف اللاحق بالبضاعة المحتواة.<sup>3</sup>

أما الضرر الذي يقع خلال الرحلة فلا يسأل عنه إلا إذا نتج عن الإخلال بالتزام آخر، كما يقع على عاتق الناقل البحري عبء إثبات أنه بذل العناية الواجبة لجعل السفينة صالحة للملاحة قبل بدء الرحلة طبقاً لنص المادة ١/٤ من معاهدة بروكسل، والجدير بالذكر أن تضمين المادة<sup>4</sup> لهذا الالتزام فكرة جديدة بالاعتبار بتقييد سلطة المحاكم في توسيع مضمونه نظراً للتطورات التي تشهدها صناعة السفن<sup>4</sup> ولكن بخصوص الشاحن أو صاحب الحق على البضاعة فحتى يتمكن من ممارسة حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار، يجب عليه إثبات أن عدم صلاحية السفينة للملاحة هو السبب الحقيقي في الخسارة، إذ لا مناص للحديث أن سبب الخسارة غير واضح على سبيل المثال: إذا فقدت السفينة بعد الإبحار وعلى الرغم من أنه لم يكن هناك مناخ سيء عند فقدانها، فالمحكمة ستفرض بأن الخسارة والضرر نتيجة عدم صلاحية السفينة للإبحار.

وبالرجوع إلى اتفاقية هامبورغ في مادتها<sup>5</sup> نصت على أن الناقل البحري ملزم بجعل سفينة الحاوية صالحة للحمولة طوال الرحلة البحرية، حيث أنه يسأل عن الهلاك أو التلف الذي يصيب البضاعة المحتواة أثناء وجودها في عهدته، ما لم يثبت أنه هو وتابعوه قد اتخذوا جميع الإجراءات المعقولة لتجنب وقوع الحادث ونتائجه. مع الذكر أنه عند مساهمة عدة أسباب في حدوث الضرر كالقضاء والقدر وحالة الحرب، سنكون أمام سببين مؤثرين وما على الناقل البحري إلا تحديد مسؤوليته عن الخسارة التي يكون سببها المباشر عدم صلاحية السفينة للملاحة، أي الأمر الذي يفرض على محكمة الموضوع القيام بالبحث والتركيز على السبب الفعال الذي ألحق بصاحب الحق على البضاعة المحتواة من أضرار وخسائر.<sup>5</sup>

أما بخصوص العيوب الخفية في السفينة فيجب على الناقل البحري إثبات تلك العيوب، أي بإثبات بذله العناية المعقولة الواجب مراعاتها قبل الرحلة البحرية للتحقق من صلاحية السفينة وخلوها من العيوب، إلا أنه قد يتعذر عليه الإحاطة بكافة أجزاء السفينة الحاوية حديثة النشأة لذلك لا يمكن مساءلته قانونياً عن عيوبها الخفية بما أنها منشأة ذات تركيب بالغ التعقيد، على الرغم من استعانتها بالشهادات التي تصدر عن شركات التصنيف العالمية التي تقيم قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.

<sup>1</sup> وهو ما تنص عليه المادة ٨٠٢ من ق.ب.ج

<sup>2</sup> المادة ١/٣ من المعاهدة الدولية المتعلقة بتوحيد القواعد المتعلقة بسندات الشحن ١٩٢٤ التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي ٧٠/٦٤ المؤرخ في ١٩٦٤/٠٣/٠٢ ج.ر. رقم ٢٩ / ١٩٦٤.

<sup>3</sup> أسامة عبد العزيز، التنظيم القانوني للنقل بطريق الحاويات (دراسة قانونية للنقل بالحاويات وأثره في تنفيذ عقد النقل البحري)، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٤، بدون طبعة، ص ٢٣٨.

<sup>4</sup> عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص ٢٣٣، ٢٣٤.

<sup>5</sup> وليد خالد عطية، المرجع السابق، ص ٣١٤.

بالتالي فإن الناقل البحري لا يسأل إلا عن العيوب الظاهرة كقدم أجزاء السفينة أو تلف تجهيزاتها والتي يمكن الكشف عنها ببذل العناية المعقولة<sup>1</sup> كما أنه عمليا كثيرا ما يتم تضمين سندات الشحن شرطا يجيز للناقل سلطة استبدال السفينة خاصة بالنسبة لشركة المالكة العاملة على نفس الخط الملاحي، حيث يُحوّل الناقل الحق في نقل البضاعة المحتواة على أول سفينة تصل من هذه السفن.<sup>2</sup>

ويتعلق التزام الناقل البحري بتوفير سفينة صالحة للملاحة بالنظام العام لصالح الشاحن في ظل قواعد روتردام<sup>3</sup> حيث لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وهو التزام مستمر يبدأ قبل بدء الرحلة البحرية ويظل في بدايتها ويستمر أثناءها حتى نهايتها، الأمر الذي يدلّ على أنّ المشرع الدولي جعل التزام الناقل البحري بتقديم سفينة صالحة للملاحة التزاما مستمرا، بدلا من أن يكون هذا الالتزام محددًا بالوقت السابق للرحلة البحرية ويتوقّف عند بدايتها مثلما هو الحال عليه في معاهدة بروكسل.<sup>4</sup>

وتجدر الإشارة أن المشرع المصري عند إصداره قانون التجارة البحرية رقم لعام ١٩٩٩ أورد بموجب نصّ المادة ٢١ حكما يتماثل مع حكم المادة<sup>١</sup> من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا لعام ٢٠٠٨ بحيث يلزم الناقل بجعل السفينة صالحة للملاحة لتنفيذ السفر المتفق عليه، فلم يقصر الصلاحية للملاحة على ما قبل السفر وعند البدء فيه فقط.

#### المطلب الثاني: مدى انعكاس تأجير الحاوية الصالحة للتعبئة على مسؤولية الناقل البحري:

على غرار مساءلة الناقل البحري عن صلاحية السفينة فإنه يسأل عن مدى صلاحية الحاوية لتعبئة البضاعة لنعالج أيضا ما طرحه الحاوية من إشكاليات في حالة تأجيرها سواء من قبل الناقل البحري أو من قبل شركات متخصصة للقيام بهذه المهمة والأثر المترتب عن ذلك على نظام مسؤولية الناقل البحري للبضائع ولدراسة هاتين النقطتين سنقسم المطلب إلى فرعين نتعرض في الفرع الأول إلى (مسؤولية الناقل البحري عن صلاحية الحاوية للتعبئة) في حين سنخصص الفرع الثاني للحديث عن إشكالية ملكية واستئجار الناقل البحري للحاوية).

#### الفرع الأول: مسؤولية الناقل البحري عن صلاحية الحاوية للتعبئة:

ومن جهة أخرى إنّ صلاحية السفينة للرحلة البحرية لا يكفي لضمان سلامة البضائع المنقولة على متنها، بل يجب أن تكون الحاوية<sup>5</sup> كوسيلة تغلفة آمنة هي الأخرى في حالة مناسبة لاستقبال الحمولة مما يستوجب تطابقها مع طبيعة

<sup>1</sup> وهيب الأسير، القانون البحري (السفينة، أشخاصها، عقد النقل البحري)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٨، بدون طبعة، ص ٢١٨، ٢١٩

<sup>٢</sup> عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٩، طبعة أولى، ص ٢٣٣، ٢٣٤.

<sup>٣</sup> إنّ اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر كليا أو جزئيا كاسم رسمي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة إلا أنها قد أوصت على أن يطلق عليها بقواعد روتردام كتسمية غير رسمية كأحدث اتفاقية للنقل البحري غير أنها لم تدخل حيز التنفيذ، وقد تم الاحتفال بفتح باب الانضمام لعضوية هذه الاتفاقية ليوم ٢٣/٠٩/٢٠٠٩ بمدينة روتردام حيث حضر حفل التوقيع ممثلون عن الدول التالية : الكونغو، الدانمارك، فرنسا، الجابون، غانا، اليونان، غينيا، هولندا، نيجيريا، النرويج، بولندا، السينيغال، اسبانيا، سويسرا، الطوغو، الولايات المتحدة، أرمينيا، الكاميرون، مدغشقر. لتصادق عليها اسبانيا في ١٩/١١/٢٠١١ وتوغو في ١٧/٧/٢٠١٢ وكونغو والنصاب القانوني لدخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ هو انضمام ٢٠ دولة على الأقل لهذه الاتفاقية.

<sup>٤</sup> فاروق ملش، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود نقل البضائع الدولي بالبحر كليا أو جزئيا لسنة ٢٠٠٩، الحسنة والواجبات القانونية، ص ٢٤

<sup>٥</sup> لقد حاول المشرع الدولي إيراد عدة تعريفات للحاوية من بينها المكتب الدولي للحاويات المؤسس سنة ١٩٣٣ من طرف الغرفة التجارية الدولية الذي تكفل بتكفل بوضع التعريف الأول للحاوية لها وعاء أو إناء يتميز بالثبات مصممة خصيصا لتسهيل نقل البضائع بشكل أو أكثر من أشكال النقل دون إعادة تعبئتها في مرحلة وسيطية، وهي مجهزة بوسائل تسمح بشحنها في أي وقت، كما أن تصميمها يسمح بتعبئتها وتفريغها بسهولة وحجمها الداخلي لا يقل

البضاعة المنقولة، ويمكن وصف هذه الحالة بصلاحية الحاوية لتعبئة<sup>1</sup> البضاعة المخصصة لعدّة شاحنين داخل حاوية واحدة وان كان قد يتم تجزئتها لضمان سلامة البضائع على سبيل المثال في الحالة التي تنقل فيها بضائع خطيرة مما يستلزم توفير حاويات تتلاءم مع طبيعة هذه البضائع وذلك بغية حماية البيئة البحريّة من الأضرار والمخاطر وفقا لما تقضي به اتفاقية قانون البحار في نص المادة ١٤ منها.

وبما أنّ السفينة تخضع لعدّة فحوصات واختبارات لمعرفة مدى قدرتها على تحمّل أعباء الرّحلات البحرية وما يتخلّلها من عوامل جيّية، خاصّة لو أخذنا بالرّأي القائل أنّ الحاوية جزء من السفينة أو عنبر متحرّك من عنابرها مخصّصة لاستقبال مختلف أنواع الحاويات، ممّا يستوجب على التّاقّل البحري ضرورة توفير حاويات مهيّأة وأمنة لتلقّي البضائع ونقلها والحفاظ عليها والإبقاء عليها طبقا للمادة ١/ج من اتفاقية روتردام بتوافر شروط البناء والصيانة والتستيف ممّا يترتب على الإهمال وسوء المحافظة عليها من نتائج وخيمة وقيام مسؤولية المتسبب في حصول الأضرار، كمطابقتها للمواصفات القياسية الدولية التي جاءت بها المنظمة الدولية للتوحيد القياسي ISO وكونها متقنة الصّنع ممّا يجعلها تتحمّل جميع الحركات ومختلف درجات الضّغط التي تتعرض لها السفينة عند القيام بعملية التستيف.

كما ينبغي الحرص على سلامة الحاوية بفحصها بصفة دورية مرّة كل سنتين وان كان معظم الناقلين يتجاهلون ذلك من الناحية العملية، إذ يستمرّون في استخدام الحاويات حتى يظهر العيب<sup>2</sup> فيجب عند القيام بعملية الفحص الوقوف على الحالة الخارجيّة للحاوية، وتسجيل الأضرار التي قد يكون لها أثر بالغ على البضائع مع التأكّد من خلوّ الحاوية من أيّ ثقوب وثبات درجة الحرارة داخل الحاوية الذي تتطلّبه طبيعة البضاعة، وخلوّ الحاوية من أيّ بخار متجمّد قد يؤدّي إلى فساد البضاعة مما يستوجب تنظيف الحاوية على أكمل وجه<sup>3</sup> حيث حكم القضاء في هذا الصدد بمسؤولية الناقل البحري، عمّا أصاب الأسلاك المجلفنة التي كانت تشكّل حمولة الحاوية المملوكة للناقل البحري نتيجة دخول ماء المطر عن طريق ثقب في سقف الحاوية<sup>4</sup> ومن أسباب عدم صلاحية الحاوية نجد الأضرار الناجمة عن التّعريق "Sweat Damages" بسبب تغيّر العوامل

عن ٣٥٠٣ قدم ٣ بالإضافة إلى نص المادة الثامنة من المرفق الأول فقرة ج من المرسوم الرئاسي رقم ٩٨-٠٣ للمؤرخ في ١٢/٠١/١٩٩٨ المتضمن المصادقة على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالإدخال المؤقت المبرمة في اسطنبول بتاريخ ٢٦ يونيو ١٩٩٠. والاتفاقية الدولية لسلامة الحاويات لعام ١٩٧٢ الصادرة بجنيف في ١٢/٠٢/١٩٧٨ في نص مادتها الثانية عرفتها أنّها وحدة من معدات نقل البضائع صالحة للاستخدام المتكرر ذات متانة تكفي للمناولة في الموانئ وعلى السفن مصممة خصيصا لنقل البضائع بوسيلة أو أكثر من وسائل النقل ودون عملية إعادة تحميل وسيطية ولكي تجرّ رصرتّها أو مناولتها بسرعة بحيث تكون مزودة بتجهيزات ركنية لهذا الغرض وذات حجم تكون فيه المساحة المحصورة بالأركان الشكلية الخارجية الأربعة إما ١٤ مترا مربعا على الأقل " ١٥٠ قدما مربعا" أو ٧ أمتار مربعة على الأقل " ٧٥ قدما مربعا" إذا كانت مزودة بتجهيزات ركنية عليا، ولا يشتمل تعريف الحاوية العريبات "المركبات" أو العبوات، إلا أنه يضم الحاوية المحمولة على هياكل".

<sup>1</sup> وهو ما يتطابق مع التعريف الذي جاءت به المادة ٦/١ من اتفاقية الأمم المتحدة لعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا الحاوية عبارة عن أي نوع من الحاويات أو من الصّهاريج أو المسطّحات القابلة للتلف أو من الحاويات البدّالة، أو أي وحدة تعبئة مشاهمة تستخدم في تجميع البضائع، وأي معدّات ملحقة بوحدة التعبئة تلك والتي تقابلها المادة ٠١/٠٥ من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع عام ١٩٧٨ والمادة ٠٧/٠١ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي متعدد الوسائط ل ١٩٨٠/٠٥/٢٤ إلا أنّها لم تدخل بعد حيز النفاذ.

<sup>٢</sup> LCL هي حاوية مشتركة تخص البضاعة مجموعة من الشاحنين لتسليم إلى الوكيل بالعمولة للنقل أو أمين النقل الذي يقوم بتعبئة داخل الحاوية حتى يسلمها الناقل. أما FCL هي حاوية مسلمة لشخص واحد أي تسلم الشاحن حاوية فارغة في مكان تعبئة البضاعة إذ يتولى تعبئتها ثم تسلم إلى الناقل.

- عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص ٩٦، ٢٣٥، ٢٤٠.

<sup>٣</sup> أيمن النحراوي، المرجع السابق، ص ١٢٩، ١٤٤، ١٤٥.

<sup>٤</sup> عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص ٢٣٥، ٢٣٩.

الجوية التي قد تحدث أثناء الرحلة البحرية كتكثيف بخار الماء الموجود في الجو على أن يتم إضافة خزان لتجميع ذلك البخار لحل هذه المشكلة.<sup>1</sup>

وعليه تنعقد مسؤولية الناقل البحري كلما حدث هلاك أو تلف للبضائع لأي سبب من هذه الأسباب، غير أنّ السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى إعفاء الناقل البحري من المسؤولية الناجمة عن تقديم حاوية بعيوب خفية؟ والواقع أنّ الحاوية وإن وصلت إلى درجة من التعقيد في صناعتها، إلا أنّها لم تصل إلى مستوى تعقيد السفن ناقلات الحاويات الحديثة، الأمر الذي يستدعي اتخاذ العناية الواجبة لصلاحيّة الحاوية للحمولة، بحيث لا يسأل الناقل البحري عن العيوب التي قد تخفى على الرّجل الحريص في أداء عمله طبقا للمادة ٢/٤-ع من قواعد لاهاي وفي هذه الحالة ينبغي أن نميّز بين أمرين:

ففي الحالة التي تكون فيها الحاوية مقدّمة من الشّاحن فهنا بإمكان الناقل البحري التملّص من المسؤولية بالاستناد إلى العيب الذاتي للبضاعة أو عدم كفاية التغليف، أو عيب غير ظاهر في الحاوية أو في طريقة الرّص أو أنّ العيب الموجود بها الذي يحيل البضاعة إلى خطرة.

خاصّة وأنّ الأصل في عملية التّغليف أنّها تقع على عاتق الشّاحن في علاقته بالمرسل إليه ولا علاقة للناقل البحري<sup>2</sup> بذلك بحيث يعتبر خطأ صادرا من جانب الشّاحن أن يصدر بضاعة مغلّفة تغليفا معيبا أو دون تغليف،<sup>3</sup> نظرا لكون التغليف أمر ضروري لضمان حفظ البضائع المحتواة خلال الرحلة البحرية وحمايتها أثناء عملية تحريكها أو مناولتها الجارية خلال عملية الشحن والرّص والتفريغ، بالإضافة إلى أن التغليف يختلف بحسب نوع البضائع المحتواة ومدة الرّحلة حيث أنه ما يعتبر تغليفا كافيا بالنسبة لنوع معين من البضاعة، لا يعتبر كذلك بالنسبة لنوع آخر كشحنة السيارات التي لا تحتاج إلى تغليف، وفي مقابل ذلك نجد بضائع تحتاج إلى تغليف متقن نظرا لهشاشتها<sup>4</sup> فإذا أهمل المرسل تغليف البضاعة أو قام بتغليفها تغلّفا معيبا، عدّ ذلك سببا من أسباب إعفاء الناقل البحري للحاويات من المسؤولية بشرط إثباته عدم كفاية التغليف أو انتفاءه وعلاقة السببية بينه وبين الضرر عن طريق التحفظات التي أدرجها في سند الشحن.<sup>5</sup>

كما أن العبرة ليس بالتغليف من عدمه وفقا لما جاء في معاهدة بروكسل بموجب المادة ٢/٤-ن التي تحدّثت عن سوء التغليف دون انعدامه، إنما العبرة بخطأ الشّاحن وفق كل حالة بحالتها تبعا لطبيعة البضائع.<sup>6</sup> في حين أن قواعد روتردام قد أعتفت الناقل البحري من المسؤولية إذا وقع الهلاك أو التلف أو التأخير نتيجة فعل أو إغفال من جانب الشّاحن أو أي شخص يكون الشّاحن مسؤولا عن أفعاله بمقتضى المادتين ٣٣ و٣٤ في حين أن قواعد هامبورغ تتطلب أن يذكر ضمن بيانات سند الشحن الحالة الظاهرة للبضاعة.<sup>7</sup>

وانطلاقا من فكرة اعتبار الحاوية وسيلة تغلّفة فإن تعبئة البضاعة في الحاويات تأخذ حكم تغليف البضاعة داخل الحاوية حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي أنّه في مجال النقل بالحاويات قد يتعذر على الناقل البحري فحص البضاعة

<sup>1</sup> أيمن النحرابي، المرجع السابق، ص ١٥٥.

<sup>2</sup> عبد القادر حسين العطير / باسم ملحم، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار الثقافة، عمان، طبعة أولى، ص ٣٣٢

<sup>3</sup> كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢، طبعة ثانية، ص ١٩٤

<sup>4</sup> وحدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، بدون طبعة، ص ١٨٦

<sup>5</sup> سوزان علي حسن، عقد نقل البضائع بالحاويات، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩، ص ١٥٢.

<sup>6</sup> وحدي حاطوم، نفس المرجع، ص ١٨٧

<sup>7</sup> المادة ٣/١٧ - ح - من اتفاقية روتردام ٢٠٠٨ و المادة ١/١٥ - ب - من معاهدة هامبورغ لعام ١٩٧٨

المحتواة بدقة، وذلك ما تأكد بحكم محكمة النقض الفرنسية التي قضت أن مسألة وضع البضاعة في حاوية تمهيدا لنقلها بحرا تحكمها القواعد المتعلقة بتغليف البضاعة، فتقوم مسؤولية الشاحن عن الأضرار الناشئة عن وضع البضاعة بشكل غير ملائم أو الناتجة عن سوء التغليف مما يحقق للناقل البحري سببا لتخلصه من المسؤولية.

كما طبقت محكمة النقض الفرنسية فكرة سوء التغليف على حالة تبديل الحاويات ونقل البضاعة من حاوية لأخرى، حيث رفضت تشبيهه بتبديل الحاويات بتفريغ البضاعة، واعتبار الناقل البحري مسؤولاً عنه وإنما اعتبرته متعلّقا بتغليف البضاعة واختيار وعاء مناسب لها، كالتزام يقع على عاتق الشاحن، أما في حالة قبول الشاحن الحاوية المقدمة من الناقل دون تحفظ فهنا تثار إمكانية تمسك الناقل البحري بخطأ الشاحن حتى ولو كان هذا الأخير قد تسلّم الحاوية في حالة جيّدة.<sup>1</sup>

غير أن في الحالة التي يقدم الناقل البحري الحاوية للشاحن فيتحمل المسؤولية الناجمة عن عدم صلاحيتها، بما أنه ملزم بتقديم حاوية تتناسب مع الغرض الذي استأجرت من أجله، ذلك أن هذا الضمان لا يدحضه قول الناقل أنه أعطى الشاحن الفرصة الكافية لفحص الحاوية<sup>2</sup> فقد قضى في هذا الصدد على أن متعهد النقل (الناقل البحري) الذي يقدم الحاوية للشاحن لا يمكنه التمسك بوجود خلل بالحواصة ناتج عن عيب خفيّ فيها للتخلص من المسؤولية وهذا ما يتطابق مع الاتجاه القائل أن الحاوية لا تعتبر من ملحقات السفينة إذ أن اكتشاف عيب خفي بالحواصة لا يعني أن ذلك العيب الخفي متصل بالسفينة في حد ذاتها.<sup>3</sup>

وبالتالي فإنه يترتب على ضرورة التعرض الى مدى صلاحية الحاوية للحمولة نتائج خطيرة، سواء كان الناقل البحري مالكا للحاوية أو مستأجرا لها، أو حتى إذا كانت الحاوية مقدّمة من الشاحن نفسه بسبب عجز الناقل البحري عن ممارسة العناية المطلوبة في قبوله لها، حيث تكون مصابة بأحد العيوب التي تنقص من صلاحيتها للحمولة. وتقرّر في هذا السياق في إحدى القضايا الأمريكية بمسؤولية الناقل البحري عن الخسائر والأضرار التي لحقت بالشاحن لفشله في ممارسة العناية الواجبة في بداية الرحلة لجعل الحاوية صالحة للتعبئة، ذلك لأنّ نقص العناية الواجبة وعدم صلاحية الحاوية بمثابة السبب المباشر للأضرار التي أصابت البضائع المحتواة بداخلها.<sup>4</sup>

Cass, com ,25 nov 2008, navire husky hunner , DMF 2009, P ,700,obs Yves TASSEL(')  
(Cass. Com.10 mars 2009, navire MV panther,DMF 2009,n° 7002 ,obs., Philippe DE  
LEBEQUE)

-مشار إليه لدى: شريف محمد غنام، التزام الشاحن ومسؤوليته في قواعد روتردام ٢٠٠٨ لنقل البضائع دوليا عبر البحر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ص 101، ١٠٢، ١٠٣.

<sup>٢</sup> عبد القادر حسين العطير، الحاويات وآثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨.

<sup>٣</sup> Ca. Rouen du 12 mars 1998, Navire louis Maeidk, « le transporteur maritime de marchandises ne peut valablement se prévaloir du mauvais fonctionnement d'un conteneur réfrigéré qu'il a fourni au chargeur pour invoquer à son profit le vice caché exonératoire de l'article 4-2, p) de la convention de Bruxelles du 25 aout 1924 » : DMF 1998, p 1063

- مشار إليه لدى: قماز ليلي ألدياز، أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤/٢٠١٣، ص ١٧٢.

<sup>٤</sup> عبد القادر حسين العطير، الحاويات وآثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨.

والجدير بالإشارة بخصوص صلاحية الحاويات المبرّدة والتي غالبا ما يتم استئجارها بدلا من شرائها بسبب ارتفاع أسعارها، فإنّها تطرح إشكالا إذ يتعدّد على الناقل البحري أحيانا تقديم حاوية مبرّدة وفقا لطلبات الشاحن على سبيل المثال قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا السياق بقيام مسؤولية الناقل البحري الذي خالف تعليمات المرسل وقدم له حاوية مبرّدة بدرجة حرارة ثابتة، بدلا من حاوية يمكن التحكم في درجة حرارتها<sup>1</sup> وكذلك في حالة ما إذا أعلم الشاحن مقدّم الحاوية الناقل البحري الذي يتوجّب عليه ضبط درجة الحرارة ما بين ٢ إلى ٤ درجات<sup>2</sup> هذا يعني أنّه إذا لم يتّبع الناقل البحري تعليمات الشاحن ممّا يؤدي إلى الإخلال بضمان صلاحية الحاوية للحمولة خاصة في حالة علمه أنّ الحمولة هي من البضائع سريعة التلف كالفواكه.

كما يجب على الناقل البحري التحقق من درجة حرارة أو برودة البضائع المحتواة، فيما إذا كانت مطابقة لتعليمات الشاحن، فإذا لاحظ عدم مطابقتها، فيجب عليه أن يقوم بإدراج تحفظات في وثيقة الشحن، وإلا افترض فيه أنّه تسلّم البضائع المحتواة في درجة الحرارة المناسبة، وذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس بمناسبة نقل الدواجن، وفي قضية أخرى بمناسبة نقل بضاعة مجمّدة التي تلفت بمناسبة ارتفاع درجة الحرارة<sup>3</sup>. بالتالي فإن تقديم حاوية صالحة للاستخدام باحترام تعليمات الشاحن يساعد على تحقق النتيجة المرجوة والمتمثلة في إيصال البضائع المحتواة إلى المرسل إليه بحالة سليمة.

#### الفرع الثاني: إشكالية ملكية واستئجار الناقل البحري للحاوية:

نظرا لميزة الحاوية التي تتخذ شكلا مغايرا لأشكال التغليف العادية الأمر الذي جعلها موضوع صناعة رابحة من قبل العديد من الشركات التجارية المتخصصة في هذا المجال،<sup>4</sup> حيث أنّ الحاوية ليست دائما ملك لمستخدمها في أغلب الأحوال،<sup>5</sup> الأمر الذي يثير إشكالية البحث عن الشخص المتعاقد مع هذه الشركات والطبيعة القانونية لعقد استئجار الحاويات وعلاقته بعقد النقل البحري.

وبناء على أنّه من المحتمل ألا يستمرّ الشاحن في إرسال بضائع أخرى عبر نفس الحاوية نتيجة اختلاف وزن ونوع وحجم وطبيعة البضائع من رحلة لأخرى، ممّا يحتمّ عليه حتّى ولو كانت من عاداته استخدام حاويات في تنفيذ ما يبرمه من بيع

<sup>1</sup> سوزان علي حسن، المرجع السابق، ص ١٣٨.

<sup>2</sup> « Par EX : pour une cargaison d'ail, pour la quelle le chargeur, qui avait d'ailleurs fourni le conteneur, avait précisé que le transporteur maritime devait régler la température de transport entre 2° et 4° degrés celsius » (CA paris, 5<sup>e</sup> ch, sect. A, 13 déc.1995 : DMF 1996, p.923, obs-y. Nicolas)

- Cité par : PAULETTE VEAUX-FOURNERIE/DANIEL VEAUX, Transport par conteneur, JCI Transport, fax 975, §39, p.15.

<sup>3</sup> سوزان علي حسن، التنظيم القانوني لمسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩، ص ٨٠.

<sup>4</sup> محمد السيد الفقي، تطور قواعد قانون النقل البحري تحت تأثير استخدام الحاويات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٢٣

<sup>5</sup> « Le conteneur n'est pas toujours la propriété de celui qui utilisé »

(V.CA Rouen.2<sup>e</sup> ch .civ, 21 janv.1994 : juris-data n°1994-041043)

-Cité par : paulette veaux-fournerie /Daniel veaux, op.cit, §41, p.16.

بحرية تغيير نوع الحاوية، كما قد لا يستغل المساحة الكلية للحاوية مما يسبب له خسائر جمة نتيجة شرائها واكتساب ملكيتها.<sup>1</sup>

وفي غالبية الأحوال نجد أنّ الحاويات محلاً لعقد الإيجار<sup>2</sup> كاتفاق يلتزم بمقتضاه المؤجر سواء كان الناقل البحري أو إحدى الشركات المتخصصة بتأجير الحاويات بوضع الحاوية تحت تصرف المستأجر الشاحن مدة محددة ومقابل أجر معين.

كما يقدم الناقل البحري غالباً على شراء حاويات من الشركات المصنعة لها ليضعها تحت تصرف الشاحنين المستخدمين لها تنفيذاً لعقد النقل البحري للبضائع، هذا الأخير الذي يتفرع عنه عقد آخر<sup>3</sup> بمثابة إيجار مال منقول الذي يخضع للقواعد العامة المقررة في القانون المدني إلا أنّ وصف العقد بإيجار منقول لا يغيّر من احتفاظ الناقل البحري المؤجر للسيطرة على الحاويات وحراستها منذ شحنها على متن السفينة إلى غاية بلوغها ميناء الوصول<sup>4</sup> ولا تحول هذه السيطرة بالمقابل دون انتفاع المستأجر المرسل بالحاوية.<sup>5</sup>

وتطبيقاً لنص المادة ٤٨٥ من القانون المدني الجزائري فالناقل البحري مؤجر الحاوية يضمن للمستأجر كلّ ما يوجد فيها من عيوب تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصاً محسوساً، إلا أنّه لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها وقت التعاقد.

كما يلتزم الشاحن المستأجر بدفع أجرة الحاوية وفقاً لما تمّ الاتفاق عليه علاوة على ضرورة التزامه بردها عند انتهاء الإيجار<sup>6</sup> مع العلم أنّ تسعيرة الحاويات تحدّد وفقاً لثلاث حالات:

<sup>1</sup> محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ٢٤.

<sup>2</sup> عقد الإيجار ينقسم لنوعين إما إيجار تشغيلي الذي يعتمد على فكرة إيجار المالك الحاويات للمستخدمين مقابل إيجار سنوي محدد خلال مدة السنة وقد تزيد عن هذه المدة، حين يتحمل المؤجر كافة المخاطر والصيانة والتأمين، أما الإيجار التمويلي فهو عقد إيجار طويل الأجل يتراوح بين ٨-١٠ سنوات، فقد يصل إلى حد إعطاء المستأجر الحق في امتلاك الحاوية مقابل قيمة تم الاتفاق عليها، بعد خصم نسبة الهلاك السنوية، وهذا النوع كثيراً ما يستخدم في مجال النقل البحري. - أيمن النحراوي، موانئ الحاويات الدولية، المرجع السابق، ص ٢٩٥، ٢٩٦.

<sup>3</sup> محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ٢٤.

<sup>4</sup> « la mise d'un conteneur à la disposition du chargeur est apparemment une location de meuble » (T.Com Manterre, 1<sup>er</sup> mars 1996 et CA Versailles 12<sup>e</sup> ch, sect.1, 14janvier 1999.DMF 1999, p 933. Obs.ch.human) Le transporteur a conservé la maitrise et Lagarde des conteneurs placés sur son navire, depuis l'emplacement jusqu'au port de destination » (V par Ex : T.Com Manterre, 1<sup>er</sup> mars 1996 et CA Versailles 12<sup>e</sup> ch, sect.1, 14janvier 1999.DMF 1999, p 933. Obs.ch.human : juris-data n°1999-104337 et n°1999-040894)

- Cité par : paulette veaux-fournerie /Daniel veaux, op.Cit. §43, p.١٦, 17.

<sup>5</sup> والجدير بالذكر أنه على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة و لا يجوز له أن يجرّث بها أو يملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع. وفقاً لما تقضي به نص المادة ٤٨٣/١ من الأمر رقم ٧٥-٥٨ مؤرخ في ٢٦/٠٩/١٩٧٥، ج.ر عدد ٧٨ مؤرخة في ٣٠/٠٩/١٩٧٥ المعدل والمتمم بالقانون ١٠/٠٥ المؤرخ في ٢٠/٠٦/٢٠٠٥ والقانون رقم ٠٥/٠٧ المؤرخ في ١٣/٠٥/٢٠٠٧ المتضمن القانون المدني الجزائري.

<sup>6</sup> "يجري العمل على إدخال أجرة الحاوية في الثمن الإجمالي للعملية التي يقوم الناقل البحري، حيث أنه في هذه الحالة تحسب أجرة النقل على أساس أن

الناقل هو في الوقت ذاته مؤجر الحاوية"

- محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ٢٨.

#### أ- الحاويات المقدّمة من الناقل البحري:

أنّ أسعار الحاويات المقدّمة من قبل الناقل البحري تكون محددة حسب الشروط الموضوعية كمصاريف التعبئة ومصاريف تفريغ الحاويات ووضعها واستلامها فارغة ومصاريف تأخّر ردّ الحاويات.

#### ب- الحاوية المقدمة من الشاحن:

يتم الاعتماد عليها من قبل طرف المجهزين مستوفية لجميع المواصفات المفروضة من المنظّمة الدوليّة للتوحيد القياسي (ISO)<sup>1</sup> وتستفيد من الاعتماد الذي فرضته اتفاقية سلامة الحاويات لعام 1971.

#### ج- حاويات التجميع:

والتي لها تعريفات خاصّة حيث تجمّع فيها البضائع من مختلف أنواعها وتوجّه إلى وكيل العبور الذي يجرّ الشحّات المعبّأة بالحاويات على أن يسلم كلّ حصّة منها إلى صاحب الحقّ عليها.<sup>2</sup>

عملياً نجد أنّه نظراً للتكلفة الباهظة للإيجار تملك شركات النقل حوالي 15% من الحاويات الموجودة في موانئها لأجل تأجيرها لشركات مختصّة لتطبّق عليها هنا أحكام الإيجار من الباطن<sup>3</sup> أي أنّ الناقل البحري كمستأجر أصلي مسؤول في مواجهة المستأجر من الباطن (الشاحن) عن كلّ الأضرار اللاحقة بالبضاعة من جزاء العيوب التي تظهر في الحاوية حتى ولو كانت تلك العيوب خفيّة<sup>4</sup> وإذا التزم الناقل البحري بدفع التعويض المستحق للمستأجر الشاحن<sup>5</sup> ففي هذه الحالة له حق الرجوع بالتعويض على الشركة المصنّعة للحاوية. كما أنّه قياساً على أنّ السفينة أداة مهمّة للملاحة البحرية فإنّ الحاوية هي الأخرى كما سبق الذكر تشكّل المحور الأساسي الذي ترتكز عليه عملية النقل البحري، خاصة إذا ارتأى الشاحن ضرورة تحوية بضاعته بعد تقديمها له من قبل الناقل البحري الذي يتولى إيصالها إلى الميناء المقصود.

ومن هنا ثارت إشكالية العلاقة الموجودة بين عقد استئجار الحاوية وعقد النقل البحري التي كان لها أثر على مسؤولية الناقل البحري للحاويات، ذلك أنّ أحكام القضاء الفرنسي تباينت حول مدى التأثير الذي يمارسه عقد النقل البحري على عقد إيجار الحاوية أمام وحدة أطرافهما علاوة على أنّ العقد الثاني يستلزم إبرامه تنفيذاً للعقد الأوّل. وإن كان جانب من

<sup>1</sup> ISO : international standardisation organisation

<sup>2</sup> GRID MONA, le paiement du fret, Mémoire Master II de droit maritime et de transport, 2008/2009, p 16.

<sup>3</sup> « En raison de cout de la location, en pratique, les compagnies de transport maritime qu'environt 15 y. Au maximum des conteneurs de leur parc soient loués par elles à des entreprises spécialisés, on se trouve en présence sous location » (CA paris, 13 sept 1989 : BTL 1990. 151) cité par : paulette veaux-fournerie /Daniel veaux, op. Cit, §44, p.17.

<sup>4</sup> محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 28.

<sup>5</sup> « Le transporteur doit garantir et indemniser le locataire expéditeur » (CA. Montpellier, 2<sup>e</sup>ch. A. 24 nov.1992 : BTL 1993.p.163)

- Cité par : paulette veaux-fournerie/Daniel veaux, op.cit, §43, p.17

الرأي اتجهت أحكامه لدرجة التأكيد على انفصال عقد إيجار الحاوية المقدّمة من الناقل البحري عن عقد النقل البحري<sup>1</sup> وهو الحل الذي يؤيده "الفقيه P. Bonassies" على أنّ إيجار الحاوية موضوع عقد خاص بأجر معيّن.<sup>2</sup>

وفي سبيل تحليل وجهة النظر المتقدّمة قضت إحدى المحاكم الفرنسية أنّ عملية النقل البحري للبضاعة التي تتمّ بحاوية مؤجّرة لا تشكّل عقد نقل واحد يجسّده سند شحن ولا عقد مركّب، بل تغطّي اتفاقين منفصلين دون أيّ رابطة تجمع بينهما غير قابلة للتجزئة أو ارتباط قانوني<sup>3</sup> كما أنّ التفاوت بين أجرة النقل ومقابل إيجار الحاوية لا يسمح بوجود وحدة تعاقدية ذلك أنّ العقد الثاني لا يشترط وجود العقد الأوّل لأنّه بحسب تجهيز السفينة قد لا يتمّ إيجار حاوية في الأساس أو يتم إبرام العقد مع شخص أجنبي عن عقد النقل فحتّى لو كانت السفينة لا تحتوي على عناصر مبردة فالغاية من وراء استئجار حاويات مبردة ألا وهو الانتفاع بهذه التجهيزات للحفاظ على البضائع تبعا لخصائصها.<sup>4</sup>

أما الاتجاه الآخر يرى بوجود صلة بين كل من عقد استئجار البحري للحاوية وعقد النقل البحري للبضاعة وطابع التبعية الذي يحمله العقد الأوّل بالثاني إلى حدّ وصفها كونها منيعة لا يمكن فصمها من الناحية القانونية، إلى درجة أنّ بعض المحاكم قضت أنّ القواعد المتعلقة بالنقل البحري قابلة للتطبيق على مسؤولية الناقل البحري عن الأضرار اللاحقة بالبضاعة بسبب عيب يرجع إلى الحاوية المقدمة من قبله.<sup>5</sup>

وبخصوص مجال تأثر مسؤولية الناقل البحري مقدّم الحاوية بنوع العلاقة التي تربطه بالشاحن فنظرا لاختلاف نطاق المسؤولية من نظام لآخر، ممّا يستوجب تحديد النظام القانوني الذي تخضع له عملية النقل وفي هذا السياق جاء القضاء الفرنسي في إحدى الدعاوى البحرية حيث أنه حررت وثائق الشحن في "أبيدجان"، وأنّ البضاعة محل السندات تبللت بماء الوحل أثناء مكوث الحاويات بميناء "أبيدجان".<sup>6</sup>

<sup>1</sup> محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ٢٨، ٢٩.

<sup>2</sup> «Le professeur P. Bonassies trouve cette solution fondée du fait que la location de conteneur avait fait l'objet d'un contrat particulier d'un loyer spécifique» (CA de Versailles par sa décision du 5 mars 2002) Cité par :Vola Marielle RAJONARISON, La conteneurisation dans les échanges maritimes internationaux, Master II droit maritime et de transport, Aix Marielle, 2005, P 66

<sup>3</sup> « La cour d'appel estime que l'opération de transport réalisée avec un conteneur loué par le transporteur ne constitue pas un seul contrat de transport matérialisé par le connaissance ni même un contrat complexe, des lors qu'elle recouvre deux conventions distinctes et autonomes, sans rapport d'indivisibilité ni même d'interdépendance juridique »(CA Versailles 12<sup>e</sup> ch, sect.1, 14 /01/ 1999, navire St Georges :DMF 1999, p 933) p. veaux-fournerie /D.veaux, op.cit., §47, p 18.

<sup>4</sup> محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص ٣١.

<sup>5</sup> «Par contre d'autres décisions accentuent le lien entre les deux contrats, en insistant sur le caractère accessoire de la location du conteneur au contrat du transport, ce caractère étant même parfois présenté comme juridiquement insurmontable (V. Par exp: CA Aix-en-Provence, 2<sup>e</sup> ch, Civ. 21/06/1994, BTL 1995, p.340) « Il a été jugé que les règles régissant le transport maritime étaient applicables lorsqu'ils s'agissait de rechercher la responsabilité pour les avaries subis par un cargaison en raison d'un de faut d'étanchéité du conteneur » (CA Aix en Provence, 2<sup>e</sup> ch, Civ. 21/06/1994, Allianz France BTL 1995, p340)- p. veaux-fournerie /D. veaux, op.cit., §48, p 19.

<sup>6</sup> (« la marchandise (du cacao) qui avait fait l'objet d'un connaissance émis a Abidjan avait subi subi une moille par de l'eau boueuse lors du séjour des conteneurs à quai le port d'Abidjan » CA

وطبقا لوقائع هذه الدعوى لا يسأل مقدّم الحاوية بصفته ناقلا بحريا نظرا لوقوع الضرر خارج فترة النقل البحري، وفيما يتعلّق بكونه مؤجّرا للحاوية قرّرت المحكمة أنه إذا كانت الغاية من وراء استخدام الحاوية حماية البضاعة المنقولة على متن السفينة ضد تقلّبات الجو إلّا أنّها لا تضمن العزل الكامل لها ومن ثم قضت المحكمة بعدم مسؤولية مقدّم الحاوية عن بلل البضائع الحاصل لها قبل شحنها وإن جاز اعتباره مسؤولا عن الضّرر الحاصل بوصفه مؤجّرا للحاوية.<sup>1</sup>

كما اعتبرت محكمة استئناف فرساي هي الأخرى أنّه حتى ولو اعتبر عقد الإيجار تابعا لعقد النقل غير أنّ ذلك لا يعني دمج العقد الأوّل بالعقد الثاني وبالتالي فقدانه نظامه القانوني الخاص به<sup>2</sup> حيث استندت المحكمة في حكمها الصادر ضد الناقل البحري على القواعد العامة المتعلقة بإيجار المنقولات مستبعدة التقادم الناشئ عن عقد النقل البحري.

وقد ظلّ موقف المحاكم الفرنسية على هذا الحال إلى حين صدور حكم محكمة النقض الفرنسية الشهير في ٢٠٠٦/٢٣٠٥ إلّا أنّه لم يأتي بجديد<sup>3</sup> حيث أقرّ بموجب المادة ٢٧٦ من القانون الفرنسي رقم ٤٢٠٦ المتعلّق بعقود الإيجار والنقل البحري لـ ١٩٦٦/٦٦١٨ بمسؤولية الناقل عن أي خسارة أو ضرر تتعرض له البضائع منذ أخذها على عاتقه إلى غاية تسليمها ما لم يثبت الناقل عكس ذلك<sup>4</sup> والتي تقابلها نصّ المادة ٨٠٨ من ق.ب.ج كما أخضعت المادة ١٣٢ دعوى المسؤولية المقامة ضد الناقل لتقادم قصير مدته سنة<sup>5</sup>.

ذلك أن الدّعى المطعون في حكمها تتعلّق بحاويتين مبردتين معبأة ببضائع ذات نوعية تتطلب حفظها في درجة حرارة معينة، تم شحنها في ميناء "لوهافر الفرنسي" على متن السفينة CGM Saint - Georger لأجل نقلها إلى ميناء "دجراد Degrad" بواسطة الشركة العامة البحرية الجنوبية CGM غير أنّ هذه البضائع تضرّرت، فما كان على شركة التأمين إلّا تعويض الشركة المرسلّة لتحلّ بعد ذلك محلّها في حقوقها اتجاه الناقل البحري مقدّم الحاويات، وحيث أنّه طبقا للمادة ١٧٢ من القانون المدني الفرنسي يتوجّب على الشركة الناقلة بوصفها مؤجّرة الحاويات ضمان الأضرار الناشئة عن أي عيوب أو تلف بالشيء المؤجر وتعويض الشركة المرسلّة عنها حتى ولو لم تكن على علم بهذه العيوب عند إبرام عقد الإيجار. وحيث أنّه تبين للمحكمة قيام الشركة الناقلة بإبلاغ الشركة الشاحنة عن العطل الموجود في الحاويتين وأنّ جزءا من البضاعة تمّ نقله إلى

Aix-en-Provence ٠٩/١٢/199٩, navire Jolly Rubino :DMF 2000, p.919, Obs Y. Tassel ; Juris-Data n° 1999-125598) - Cité par : paulette veaux- fournerie /Daniel veaux, op.cit., §55, p. 21.

<sup>1</sup> محمد السيد الفقّي، المرجع السابق، ص ٣٨، ٤٠.

<sup>2</sup> « Qu'en admettant que le contrat de location soit l'accessoire du contrat de transport, cette situation ne peut conduire à assimiler le premier au second et à lui faire perdre son régime juridique propre » (CA Versailles, 12<sup>e</sup> ch, sect.1<sup>re</sup>, 14 janvier 1999, navire ST Georges, DMF 1999, p 933. Obs.ch.human) - paulette veaux-fournerie /Daniel veaux, op.cit., § 47, p 18.

<sup>3</sup> Cass.Com, 5 mars 2002 navire ST George, Revue Scapel, 2002, p 54

<sup>4</sup> L'article 27 Loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes- "Le transporteur est responsable des pertes ou dommages subis par la marchandise depuis la prise en charge jusqu'à la livraison, à moins qu'il ne prouve que ces pertes ou dommages proviennent..."

<sup>5</sup> L'article 32/2 du Loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes "Toutes actions contre le transporteur à raison de pertes ou dommages se prescrivent par un an"

- والتي تقابلها نصّ المادة ١٧٤٣ من ق.ب.ج : " تتقادم كل دعوى ضد الناقل بسبب فقدان أو الأضرار الحاصلة للبضائع المنقولة بموجب وثيقة الشحن بمرور عام واحد".

الغرف المبردة، إذ أنّ سبب الأضرار هو توقّف سلسلة التبريد عن العمل، وبما أن الأضرار وقعت في الفترة بين التسلم والتسليم بواسطة الشركة الناقلة وبالتالي فلا تسأل هذه الأخيرة إلا طبقاً للشروط والحدود المنصوص عليها في الفصل الرابع من القانون الفرنسي رقم ٤٢٠٦ المتعلّق بعقود الإيجار والنقل البحري لـ ١٩٦٦/٦٨١ من المادة ٢ إلى المادة ٣.

كما يلاحظ أنّ هذا الحكم حَقّق العديد من المزايا للناقلين البحريين مؤجّري الحاويات، خاصّة وأنّ مسؤوليتهم في إطار القانون البحري أخف مقارنة مع القواعد العامة، كما يخاطب الشاحنين الذين يهملون التحقق من سلامتها وإجراء عملية فحصها قبل قبولها، إذ أنّ الناقل البحري كمستأجر للحاوية قد يتصرّف بطريقة سلبية فيقدّم حاوية سيئة، نظراً لاعتماده على التزام المؤجّر الأصلي، إلا أنّ القضاء يواجه هذا التقصير بتحميل الشاحن جزء من تبعه الهالك، بالرغم من إفلات المرحلة السابقة على الشحن من نطاق تطبيق أحكام مسؤولية الناقل البحري كما هو الحال في معاهدة بروكسل ١٩٢٢ في مادتها ١/هـ فقد أقرّ القضاء بصحّة شروط الإعفاء من المسؤولية طالما قبل الشاحن تلك الحاوية دون أي تحفظ.

غير أنّه في الأصل ما دام أنّ الأضرار وقعت في الفترة بين تسلم وتسليم الحاوية، فيجوز للشاحن رفع دعوى المسؤولية ضدّ الناقل تأسيساً على قواعد القانون البحري، ولتفادي التداخل بين أحكام تحديد المسؤولية وقصر مواعيد التقادم، يستطيع الشاحن مطالبة الناقل البحري بالتعويض استناداً إلى القواعد العامة، حتى ولو كشفت الأضرار أثناء فترة النقل البحري أو بعدها، متى أثبت عدم ارتباط تلك الأضرار بعملية النقل البحري في حدّ ذاتها.

أما بخصوص الحاوية المقدمة من الغير ففي غالبية الأحوال الناقل البحري هو الذي يبرم عقد إيجار الحاويات مع إحدى الشركات المتخصصة لتسأل لوحدها عن أية أضرار تلحق بالبضاعة نتيجة الحالة السيئة للحاوية<sup>١</sup> فهنا الناقل البحري كثيراً ما يسعى إلى درأ مسؤوليته المحتملة عن الأضرار، على أن يدرج في سند الشحن شرط الإعفاء من المسؤولية إذا حصلت الأضرار نتيجة ما قد تسببه الحاوية المقدمة له من قبل الغير. إلا أنه باستقراء المادتين ٨٠٢ و ٨١/أ من ق.ب.ج وتطبيقاً لها،<sup>٢</sup> فإنّ الشرط الذي يدرجه في وثيقة الشحن للتملص من المسؤولية بسبب عيب في الحاوية يعتبر باطلاً ومؤدّى ذلك أن الناقل كونه يتحمل في مواجهة المرسل إليه المسؤولية عن عيوب الحاوية، لا يملك حينئذ سوى دعوى الضمان على الشركة المؤجرة للحاوية، كما أكّد القضاء الفرنسي على هذا الرأي عندما رفض اعتبار عيب الحاوية خطأً من الغير يعفي الناقل البحري من المسؤولية بناءً على أنّ عقد إيجار الحاوية هو نفسه عقد النقل البحري بما أنّه في كلتا الحالتين يعتبر المتعاقد هو ذات الشخص.<sup>٣</sup>

<sup>١</sup> محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص من ٤٢ إلى ٤٦

<sup>٢</sup> والتي تقابلها المادة ١/٢٣ من اتفاقية هامبورغ التي تنص "على أن كل شرط يرد في عقد النقل البحري أو في سند الشحن أو أية وثيقة أخرى مثبتة لعقد النقل البحري يكون مخالفاً بشكل مباشر أو غير مباشر لأحكام هذه الاتفاقية يعتبر باطلاً ولاغياً في حدود مخالفتها لها... وكذا المادة ١/٧٩ من قواعد روتردام على أنه ما لم ينصّ على خلاف ذلك في هذه الاتفاقية يكون أي بند في عقد النقل باطلاً متى كان : يستبعد واجبات الناقل أو الطرف المنفذ المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أو يحد منها بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو يستبعد مسؤولية الناقل أو الطرف المنفذ المنصوص عليها في هذه الاتفاقية أو يحد منها بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو يحيل استحقاق التأمين على البضائع لصالح الناقل أو لصالح شخص مشار إليه في المادة ١٨.

<sup>٣</sup> «Le contrat de la fourniture est l'accessoire de contrat du transport maritime parce que dans les deux cas le contractant était le même personne» (CA Aix-en-Provence, 19 fév 1987, BTL 1988 p.521-) CA Aix-en-Provence, 25/05/1988, Revue Scapel 1989 p.27)

-cité par :TASSEL(y),nature juridique du contrat de fourniture d'un conteneur par le transporteur maritime au chargeur ,jurisprudence, DMF, n° 697, 2008, p.2.

## خاتمة:

انطلاقاً مما سبق التعرض إليه من خلال الموضوع محل الدراسة يمكننا استخلاص جملة من النتائج الآتي ذكرها:

إن لاستخدام الحاوية أثر بالغ على أطراف عقد النقل البحري لاسيما الناقل البحري كطرف أساسي تقع على عاتقه جملة من الالتزامات والتعهدات، مما يترتب على الإخلال بها مساءلته عن الأضرار اللاحقة بالبضائع نتيجة عدم صلاحية العمارة البحرية بشتى أنواعها لاسيما الصلاحية التجارية التي تتصل على وجه الخصوص بتنفيذ عقد النقل البحري، إضافة إلى صلاحية الحاوية في حد ذاتها، في حالة ما إذا كانت مقدّمة من قبل الشاحن أو شركة تأجير الحاويات. خاصة وأن أداء هذا الالتزام المتمثل في توفير هاتين الوسيلتين لضمان سلامة الرحلة البحرية أثر ايجابي في توفير بيئة بحرية سليمة كهدف تصبو إليه معظم الاتفاقيات الدولية الخاصة في المجال البحري بما فيها على سبيل المثال اتفاقية قانون البحار لعام 1982.

وبناء على الاختلاف الذي يقع فيما يتعلق بمسألة مدى تملص الناقل البحري من المسؤولية بالنظر إلى معيار ملكية الحاوية، يمكننا القول على أنه تقوم مسؤولية الناقل البحري عن الخسائر اللاحقة بالبضائع المحتواة بما أنه ملزم بتقديم حاوية صالحة للتعبئة خلافا لما هو عليه الأمر إذا كانت الحاوية مملوكة للشاحن ليعفى الناقل من المسؤولية كتتمسكه بوجود عيب خفي بالحواوية على أساس أن الشاحن هو الطرف الذي يقع على عاتقه الالتزام بتغليف البضاعة للحفاظ عليها وهذا خاصة في الحالة التي نكيف فيها الحاوية على أنها وسيلة تغلفة لضمان وحفظ البضائع المحتواة بداخلها، ومن جهة أخرى يسأل الناقل البحري عن مخالفته تعليمات الشاحن عن وجوب تقديم حاوية مبرّدة.

كما أنه غالباً ما تكون الحاوية موضوع استئجار نتيجة تكلفتها الباهظة تنفيذاً لعقد نقل البضائع، إذ يتم تكييف عقد استئجار الحاوية بإيجار مال منقول يخضع للقواعد العامة للإيجار والتي يسيطر الناقل البحري على حراستها، بحيث تقوم مسؤوليته عن كافة الأضرار اللاحقة بالبضاعة نتيجة العيوب التي تتصل بالحواوية سواء بصفته مالك للحاوية أو مستأجراً أصلياً لها بناء على عقد الإيجار المبرم مع شركة متخصصة قبل الشاحن المستأجر من الباطن، مع أنه يحق له ممارسة دعوى الرجوع على الشركة مع أنه قد يتحمّل أحياناً الشاحن تبعه الهلاك نتيجة الإهمال الصادر من قبله.

وأمام غياب الاجتهاد القضائي الجزائري نجد أنه قد اختلفت الأحكام القضائية الفرنسية حول إشكالية مدى ارتباط عقد استئجار الحاوية بعقد النقل البحري على أساس تبعية على أنها علاقة ذات صلة منيعة يتعدّر فصلهما خاصة أمام وحدة أطراف العقد (مؤجر الحاوية والناقل البحري) إذ أخضعت مسؤولية الناقل البحري للقواعد العامة لإيجار المنقول، في حين أن بعض الفقه والقضاء من جهة أخرى يؤكد على انفصال العقدين فكلاهما نظام قانوني خاص به، بما فيه حكم محكمة النقض الفرنسية في 20/06/2005 الذي أقرّ بقيام مسؤولية الناقل البحري.

فضلاً عن ذلك يمكننا القول أيضاً على أنه بغض النظر عن العلاقة القانونية التي تربط بين عقد النقل البحري للبضائع وعقد استئجار الحاويات فإن خصوصية القانون البحري تفرض مساءلة الناقل البحري المؤجر طبقاً لقواعده ونظامه القانوني نظراً لمزايا نظام النقل البحري لاسيما تحديد النطاق الزمني لقيام مسؤولية الناقل البحري للبضائع.

أخيراً يمكننا الإشارة إلى أهم التوصيات المتعلقة بهذا الموضوع بأننا نأمل المزيد من الاهتمام بمسألة تنظيم عقد النقل البحري للحاويات لاسيما مشرعنا البحري الجزائري الذي أغفل ذلك مكتفياً فقط بتنظيم الجانب المتعلق بتحديد مسؤولية الناقل البحري عن البضائع المعبأة داخل الحاوية فيما إذا كانت هذا الأخيرة طرداً أو وحدة مستقلة وانعكاسها على كيفية

حساب الحد الأقصى للتعويض عن الهلاك والتلف والتأخير في إيصال البضائع المحتواة في المكان والموعد المحدد، الأمر الذي يستدعي تعديل نصوصه القانونية بما يتماشى مع المستجدات التي تظهر في الآونة الأخيرة.

#### قائمة المراجع والمصادر:

#### أولاً: باللغة العربية:

#### أ- الكتب:

- أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة ثانية.
- أيمن التّحراوي، موانئ الحاويات الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩، طبعة أولى.
- أسامة عبد العزيز، التنظيم القانوني للنقل طريق الحاويات لدراسة قانونية للنقل بالحاويات وأثره في تنفيذ عقد النقل البحري)، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٤.
- سوزان علي حسن، عقد نقل البضائع بالحاويات، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٩.
- سوزان علي حسن، التنظيم القانوني لمسؤولية متعهد النقل متعدد الوسائط، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٩.
- شريف محمد غنام، التزام الشاحن ومسؤوليته في قواعد روتردام ٢٠٠٨ لنقل البضائع دولياً عبر البحر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
- عبد القادر لاشين، النقل البحري العربي في مواجهة التكتلات والاندماجات العالمية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ٢٠٠٨.
- عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة، الأردن، ١٩٩٩، طبعة أولى.
- عبد القادر حسين العطير/باسم ملحم، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية، دار الثقافة، عمان، طبعة أولى.
- عادل علي المقدادي، القانون البحري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
- كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢، طبعة ثانية.
- محمد السيد الفقي، تطور قواعد قانون النقل البحري تحت تأثير استخدام الحاويات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- محمد غريب عبد العزيز، النظام القانوني للنقل البحري والحاويات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٤، طبعة ثانية.
- وهيب الأسبر، القانون البحري (السفينة، أشخاصها، عقد النقل البحري)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٨.
- وجدي حاطوم، النقل البحري في ضوء القانون والمعاهدات الدولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، بدون طبعة.

ب- المقالات:

- بن عمار محمد، الإطار القانوني لاستغلال السفينة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد ٤، سنة ١٩٩٨، جامعة بن عكنون، الجزائر.

- فاروق ملش، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود نقل البضائع الدولي بالبحر كليا أو جزئيا لسنة ٢٠٠٩، الحسنات والايجابيات القانونية.

- محمد بهي الدين، أضواء على أهم إصدارات المنظمة الدولية البحرية IMO، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، مارس ٢٠٠٧.

- وليد خالد عطية، الجوانب القانونية لالتزام الناقل البحري بعداد سفينة صالحة للملاحة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، عدد ١، سنة الخامسة.

ج- رسائل جامعية:

- عبد القادر حسين العطير، الحاويات وأثرها في تنفيذ عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٣

- قماز ليلي الدياز، أحكام النقل الدولي متعدد الوسائط، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣/٢٠١٤

د- النصوص القانونية:

\* القوانين والمراسيم:

- الأمر رقم ٧٦-٨٠ مؤرخ في ٢٣/١٠/١٩٧٦، ج.ر عدد ٢٩ لسنة ١٩٧٧ المعدل والمتمم بالقانون رقم ٠٥/٩٨ المؤرخ في ٢٥/٠٦/١٩٩٨، ج.ر عدد ٤٧ لسنة ١٩٩٨ المتضمن القانون البحري الجزائري.

- الأمر رقم ٧٥-٥٨ مؤرخ في ٢٦/٠٩/١٩٧٥، ج.ر عدد ٧٨ مؤرخة في ٣٠/٠٩/١٩٧٥ المعدل والمتمم بالقانون ١٠/٠٥ المؤرخ في ٢٠/٠٦/٢٠٠٥ والقانون رقم ٠٥/٠٧ المؤرخ في ١٣/٠٥/٢٠٠٧ المتضمن القانون المدني الجزائري.

\* الاتفاقيات الدولية:

- المعاهدة الدولية الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن ١٩٢٤ المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي ٦٤/٧٠ المؤرخ في ٠٢/٠٣/١٩٦٤ ج.ر رقم ٢٩/١٩٦٤.

- الاتفاقية الدولية لسلامة الحاويات الصادرة بجنيف في ٠٢/١٢/١٩٧٢ المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم ٠١-٧٨ المؤرخ في ٢١/٠١/١٩٧٨، ج.ر رقم ٠٤ ل ٢٤/٠١/١٩٧٨.

- اتفاقية الأمم المتحدة للنقل الدولي للبضائع المبرمة في ٣١ مارس ١٩٧٨ - المعروفة بقواعد هامبورغ-

- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي متعدد الوسائط للبضائع ل ٢٤/٠٥/١٩٨٠.

- اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام ١٩٨٢.

- اتفاقية اسطنبول لعام ١٩٩٠ المتعلق بالإدخال المؤقت لـ ٢٦/٠٦/١٩٩٠ المصادق عليها بموجب المرسوم رقم ٩٨-٠٣ المؤرخ في ١٢/٠١/١٩٩٨، ج.ر عدد ٠٢ لـ ١٧/٠١/١٩٩٨.

- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود نقل البضائع الدولي بالبحر كليا أو جزئيا - قواعد روتردام-٢٠٠٨  
تقارير: - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فريق العمل الثالث (المعني بقانون النقل)، بخصوص إعداد مشروع صك لقانون نقل البضائع بحرا، الدورة الحادي عشر، نيويورك، ٢٤ مارس إلى ٠٤ أبريل ٢٠٠٣.  
A/CN.9/WG.III/WP. 2٩

ثانيا: باللغة الفرنسية:

#### Les articles :

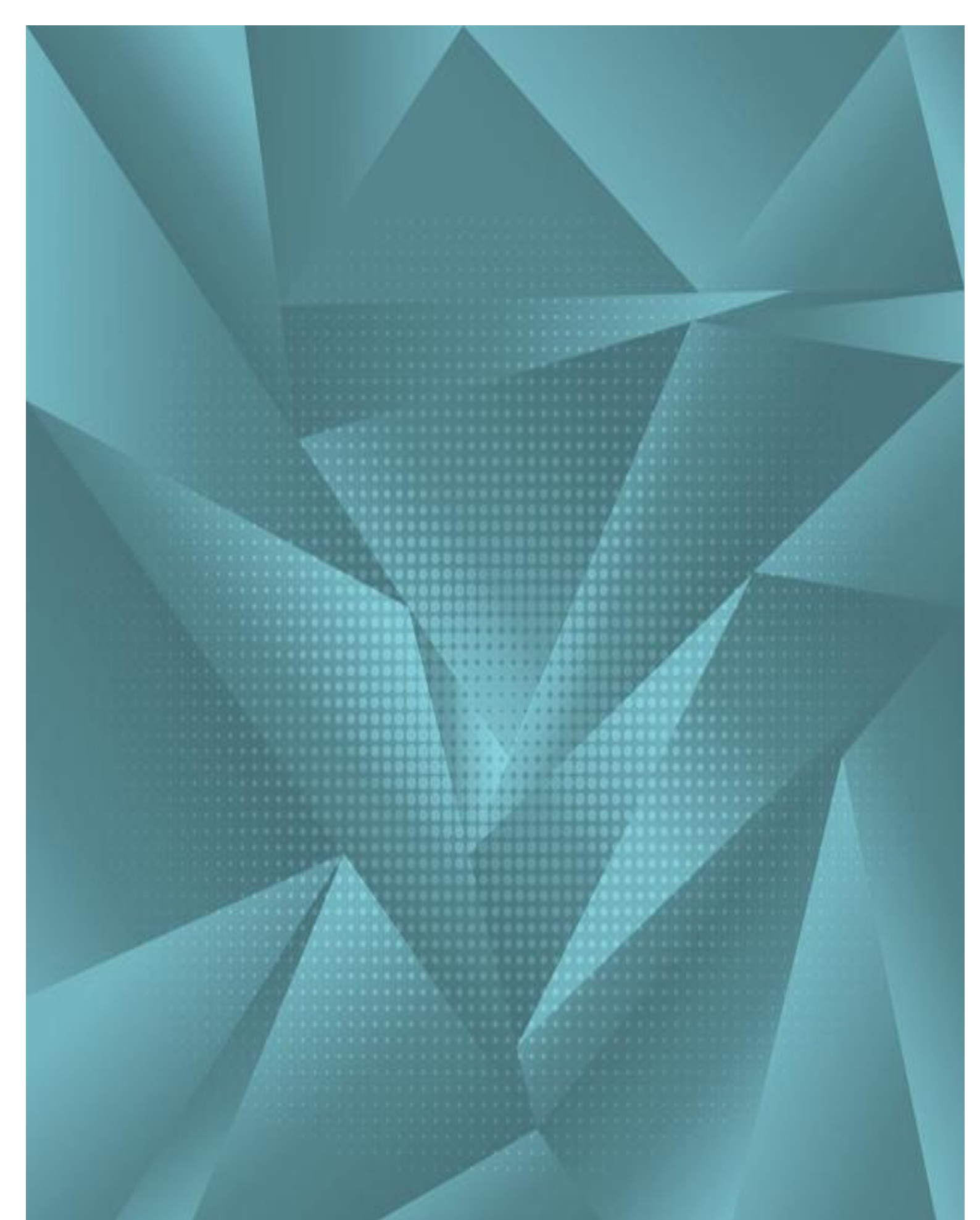
- Guy Lefebvre, « L'obligation de navigabilité et le transport maritime sous connaissance », Les Cahiers de droit, vol. 31, n° 1, 1990, p. 81-123.
- PAULETTE VEAUX—FOURNERIE/DANIEL VEAUX, Transport par conteneur, JCI Transport, fax 975.
- TASSEL(y), nature juridique du contrat de fourniture d'un conteneur par le transporteur maritime au chargeur, jurisprudence, DMF, n° 697, 2008

#### Mémoires :

- Vola Marielle RAJONARISON, La conteneurisation dans les échanges maritimes internationaux, Mémoire Master II de droit maritime et de transport, Aix Marielle, 2005.
- GRID MONA, le paiement du fret, Mémoire Master II de droit maritime et de transport, 2008/2009.

**Les lois :** Loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes





مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2016